

Terrorisme / Etats-Unis...

La Charte des Nations Unies marque une mutation radicale des structures de la société internationale et des normes du droit international. Ce traité fait de l'agression le plus grave de tous les crimes internationaux. Le maintien de la paix et de la sécurité internationales devient la mission majeure du droit international et valeur commune à tous les peuples.

Les piliers de la nouvelle doctrine sont l'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat (article 2nd, paragraphe 4 de la Charte), l'égalité souveraine de tous les Etats (article 2nd paragraphe 1er), ces principes reposant sur le droit à l'autodétermination de tous les peuples et, enfin, l'obligation de régler les différends internationaux par des moyens pacifiques (article 2nd, paragraphe 3).

Aux termes de la Charte, le Conseil de Sécurité est l'organe exécutif de la communauté internationale auquel est conféré la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Seul le Conseil de Sécurité est habilité à recourir à la force, dont la force armée, dès qu'il constate que la paix est menacée (article 39 de la Charte), donc avant qu'il y ait eu une agression armée. Le Conseil de Sécurité est compétent pour enquêter « sur ... toute situation qui pourrait entraîner un désaccord entre les nations » afin de déterminer si cette situation « semble devoir menacer le maintien de la paix... internationales » (article 34). Le Conseil de Sécurité peut alors « recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées » (article 36).

La guerre ou le recours à la force sous d'autres formes à l'encontre des Etats ne sont plus considérés comme relevant de la compétence nationale. En vertu du droit qui procède de la Charte des Nations Unies, la communauté internationale est concernée. Les Etats ont donc autorisé l'organisation internationale à agir pour assurer la paix. L'exercice de représailles ne faisant pas appel à l'emploi de la force armée ne se justifie que lorsqu'il faut imposer par la coercition le respect d'un droit qui a été violé.

Les Chapitres VI et VII de la Charte des Nations Unies portent plus précisément sur le règlement pacifique des différends et sur les actions en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression. Pour résoudre ces conflits avec efficacité et conformément aux principes généraux du droit international, les Etats peuvent choisir différents moyens et procédures. Dans tous les cas, le règlement du différend doit se fonder sur l'égalité souveraine des Etats et le principe du « libre choix des moyens ». Le mode de règlement ne peut pas être imposé à un Etat mais il est subordonné à son consentement.

L'application des procédures de règlement pacifique dépend beaucoup de l'existence de relations pacifiques. Le maintien ou le rétablissement de la paix est une condition nécessaire à l'application effective des procédures de règlement pacifique.

La légitime défense est partout conçue de la même façon dans le principe : l'individu agressé peut riposter immédiatement et de façon proportionnée. Le premier problème que pose la légitime défense relève de la nature de l'intérêt protégé. En général, la personne peut riposter si elle est atteinte dans sa personne ou dans ses biens.

Une seconde question est soulevée par la notion de légitime défense, celle relative à son caractère excessif. S'il y a effectivement une riposte démesurée, il n'y a pas légitime défense, faute de proportion entre la réaction et l'agression. En Angleterre, le Criminal Law Act 1967 dispose que:

« une personne peut recourir à la force dans la mesure où cela est raisonnable compte tenu des circonstances... ».

Cette disposition se retrouve dans la plupart des droits nationaux. Ce qui diffère, cependant, est la réaction judiciaire. Soit le juge atténue la peine (système français sans texte, système suisse fondé sur l'article 33 alinéa 2 de son Code Pénal, système portugais à l'article 33 du Code). Soit le juge change la qualification (système anglais et australien : le meurtre devient « manslaughter » ou homicide involontaire, système italien à l'article 55 du Code). Soit le juge écarte la notion de légitime défense et condamne sans abaisser vraiment la peine.

Enfin, il existe le concept de « défense putative ». Dans de nombreux pays, la jurisprudence subordonne la justification au caractère raisonnable de l'erreur : le prévenu n'est acquitté que s'il pouvait raisonnablement croire à un danger ⁷. Dans d'autres pays, la jurisprudence est plus libérale, l'erreur sur l'existence du danger n'ayant pas besoin d'être raisonnable ⁸.

De façon similaire au droit international, le droit français consacre avec la légitime défense la cause principale et la plus connue du grand public d'irresponsabilités pénale et civile ⁹. Selon les articles 122-5 et 122-6 du Code Pénal français, la légitime défense est qualifiée par la doctrine de « fait justificatif ». Face à une atteinte qui n'a pas pu être empêchée par l'autorité publique, l'individu a le droit de réagir lui-même. Selon l'alinéa 1er de l'article 122-5 du Code, est pénalement irresponsable :

« la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit dans le même temps un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de la défense employés et la gravité de l'atteinte ».

Cette définition du nouveau Code Pénal correspond à l'interprétation jurisprudentielle des termes beaucoup plus laconiques de l'ancien article 238 :

« il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide ou les blessures étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ».

L'atteinte doit être injustifiée et d'une certaine gravité pour pouvoir être suivie d'un acte de légitime défense de la part de la victime.

Une conception très absolue de la légitime défense est toutefois de nature à permettre de graves débordements, certaines personnes pouvant se croire autorisées à se faire justice elles-mêmes et en confondant « légitime défense » et « légitime vengeance », ce qui ne serait pas tolérable dans un Etat de droit.

Ces risques de dérive dans l'usage fait de la notion de légitime défense existent en droit interne, mais également en droit international. Les fondateurs de la Charte des Nations Unies en avaient déjà conscience.

Il semble difficile de conclure à l'existence en droit international d'une « exception de légitime défense » avec ses caractères propres et distincts du droit de légitime défense reconnu par les législations nationales. En admettant l'« exception » de légitime défense, celle-ci se rapprocherait de l'exception tirée de la théorie de la nécessité qui est très extensive. L'exception de légitime défense obéirait à des règles propres au droit international, mais qui par leurs imprécisions laisseraient la porte ouverte à tous les abus. Au contraire, si on établit aucune différence entre les fonctions de la légitime défense en droit interne et en droit international, celui-ci devra tendre vers la réglementation rationnelle en vigueur dans les législations nationales. Dès lors, comme en droit interne, la « compétence » de légitime défense dans l'ordre international est le corollaire de l'interdiction du recours à la force ¹⁰.

Avant la création de l'Organisation des Nations Unies, rappelons qu'il existait une norme coutumière qui posait une exception à l'interdiction générale de recourir à la guerre et qui permettait l'emploi de la force armée pour répondre à une attaque armée illicite de la part d'un autre Etat. Le caractère « inhérent » ou « naturel » du droit de légitime défense indique que ce droit n'est pas seulement conventionnel et inscrit dans la Charte mais que celle-ci ne fait que reconnaître et déclarer sa préexistence au titre de norme coutumière.

L'élaboration de l'article 51 de la Charte réglementant l'exercice de la légitime défense a donné lieu à de nombreux débats lors de la conférence de San Francisco, faisant émerger deux tendances : d'une part, on s'est rendu compte que, en cas de paralysie du Conseil de Sécurité à cause du droit de veto des membres permanents, un Etat resterait sans protection si on ne prévoyait pas la légitime défense de façon explicite ; d'autre part, certains Etats ont fait valoir l'exigence d'accroître le rôle et l'autonomie des organisations régionales, en cas d'urgence, parce qu'on craignait aussi que l'action de ces organisations puissent être bloquée par le veto d'un des cinq grands.

L'article 51 de la Charte des Nations Unies reconnaît expressément que :

« aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de Sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

La légitime défense apparaît donc comme une conséquence de l'interdiction de certains recours à la force, et spécialement de l'agression armée à laquelle elle constitue une réplique justifiée. C'est parce que l'agression armée est prohibée que la légitime défense est autorisée 11 .

Plusieurs Etats, dont l'Irak 12 et la Jamaïque 13 ont affirmé que l'article 51, comme l'article 2 paragraphe 4 de la Charte, constituent des normes impératives du droit international général, c'est à dire des normes de jus cogens. Logiquement, l'article 51 ne peut que posséder la même force normative. On doit donc considérer comme nul tout traité par lequel deux Etats se mettraient d'accord pour renoncer au droit de légitime défense, ou bien pour empêcher un Etat tiers de faire usage de ce droit. La Cour Internationale de Justice souligne dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci le caractère de norme de jus cogens de la légitime défense. Etant une exception à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, la légitime défense ne peut qu'être interprétée strictement.

L'article 51 de la Charte permet l'emploi de la force seulement en réaction à une « agression armée » et à condition que soient observées les normes de procédure qui prescrivent que le Conseil de sécurité soit immédiatement informé de l'action armée en légitime défense. L'agression de la part d'un autre Etat est une violation des droits souverains de la victime, laquelle en ayant recours à la légitime défense, ne fait rien d'autre que d'agir pour la réalisation du droit. La légitime défense doit se terminer dès l'intervention du Conseil de Sécurité qui assume la fonction de mettre un terme à l'agression, et qui conserve la possibilité d' « agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire, pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ». La mise en oeuvre du droit de légitime défense individuelle ou collective est intégrée dans le système de sécurité collective, restant ainsi une exception sous le contrôle du Conseil de Sécurité.

L'article 51 de la Charte ne permet pas une action militaire qui aille au-delà de ce qui est nécessaire pour repousser l'agression. Ainsi, sont interdites une occupation militaire prolongée et à plus forte raison l'annexion d'un territoire appartenant à l'agresseur.

Aux termes de l'article 51, la légitime défense individuelle a été invoquée à plusieurs reprises : la guerre du Vietnam en 1966, le conflit israélo-égyptien de 1967, l'incident de Madagascar de 1975, les

attaques israéliennes au Liban et les attaques sud-africaines contre l'Angola et le Lesotho en 1982, et l'expédition anglaise pour reconquérir les îles Malouines la même année.

Les Etats ont progressivement élaboré des interprétations de l'article 51 de plus en plus extensives, afin d'en élargir la portée normative. Dans les pays occidentaux, l'emploi de la force est légitime, tant pour prévenir des attaques armées que pour réagir contre des agressions armées indirectes, pour réagir à des attaques armées qui prennent la forme d'infiltrations de militaires ennemis sur le territoire d'un Etat ou encore pour protéger ses propres ressortissants à l'étranger, en cas de graves dangers contre leurs biens et leurs vies.

La légitime défense, qui dans le cadre de la Charte, devait constituer l'exception, est finalement devenue la règle, l'article 51 de la Charte devenant une base d'action presque illimitée en raison de la carence du Conseil de Sécurité, dépourvue de force armée internationale et dont les résolutions restent souvent inappliquées. Ceci s'explique par l'échec du système de sécurité collective instituée par la Charte reposant sur le rôle du Conseil de Sécurité et sur l'accord entre les grandes puissances. Or, celles-ci ont créé des alliances basées sur la légitime défense collective (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord en 1949, Pacte de Varsovie en 1955). Le concept de légitime défense a sans cesse été élargi, jusqu'à y inclure l'action préventive et la réaction à des attaques qui avait la forme d'agression armée indirecte.

Toutefois, ces formes d'action armée individuelle ou collective n'ont pendant longtemps pas reçu l'appui de la communauté internationale. Celle-ci s'est refusée à considérer licites ces actions militaires ou à accepter l'applicabilité de l'article 51 comme justification juridique. La communauté internationale n'a pu que prononcer des condamnations morales, incapable d'adopter des sanctions contre l'Etat responsable ou de mettre en oeuvre elle-même, de façon coercitive, les normes de la Charte.

Les raisons sont claires : les actions militaires en question sont faites par de grandes puissances. Il n'y a donc pas eu la volonté d'imposer la réalisation des normes de la Charte. De plus, certaines interprétations extensives de la notion de légitime défense sont soutenues par certaines de ces grandes puissances : les Etats-Unis admettent par exemple la légitime défense préventive.

Ainsi, le système de la Charte s'est révélé insatisfaisant, dans la mesure où il n'a pas réussi à canaliser les abus commis sous couvert de l'article 51. Certaines situations ont révélé la rigidité du système de la Charte dont la réglementation juridique devrait être plus élaborée et moins ambiguë.

En effet, malgré les interdictions limitant l'emploi de la force énoncées dans la Charte puis précisées par la suite, on ne peut que constater que la guerre et l'emploi de la force sont encore bien présents dans les relations internationales contemporaines. Les normes juridiques existent mais leur application et les moyens d'exécution mis en oeuvre présentent des lacunes, et cela avant tout dans la rédaction imparfaite de la Charte.

L'exercice du droit de veto empêche le Conseil de Sécurité de constater objectivement l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression au sens de l'article 39. Les Etats sont donc investis du pouvoir d'apprécier eux-mêmes la licéité de leurs actes et incités à donner à des actes d'agression une apparence de licéité en invoquant la légitime défense. Le Conseil de Sécurité a rarement procédé à une constatation faisant autorité.

Les Etats-Unis ont-ils agi de même, invoquant la légitime défense, qui si sur le plan moral est acceptable, est discutable et discutée d'un point de vue juridique ?

Le contrôle de légalité des organes internationaux, et en particulier du Conseil de Sécurité, demeure encore précaire. Ce contrôle qu'il soit politique ou judiciaire, est vite limité. Personne ne doute de la priorité à accorder au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Mais il faut commencer à bien prendre conscience que le respect de la Charte et du droit n'est pas l'ennemi de la paix et ne compromet pas nécessairement la priorité à lui accorder. Personne ne doit contester que les organes politiques internationaux, et spécialement le Conseil de Sécurité, doivent disposer pleinement de leur

compétence d'interprétation individuelle de la Charte dans leur activité quotidienne, et prendre leurs décisions à la lumière de cette interprétation.

Il ne saurait non plus être contesté une priorité absolue donnée à la paix, selon l'article 1er de la Charte. C'est le Conseil de Sécurité qui est investi d'un quasi-monopole pour ce qui concerne le règlement des questions de maintien de la paix. Empêcher le Conseil de s'acquitter de cette mission constituerait plus qu'un déséquilibre dans la répartition des tâches entre les organes, une violation de la Charte. Personne ne saurait mettre en doute la nécessité pour le Conseil de disposer d'un pouvoir discrétionnaire dans les domaines de sécurité que lui reconnaît la Charte, et en particulier pour apprécier l'existence d'une « menace contre la paix » ou pour constater ou qualifier une « situation ».

Les attentats du 11 septembre 2001 sur New York et Washington ont remis en cause le droit international, conçu traditionnellement sur la base de relations entre Etats, relations qui sont aujourd'hui dépassées par la dimension transnationale des relations internationales, incluant désormais de façon incontestable les manifestations terroristes 14.

La menace terroriste a évolué tout au long de ces vingt dernières années : au terrorisme européen des années 1970 (Italie, République Fédérale d'Allemagne) a succédé durant les années 1980 une menace liée aux événements du Moyen Orient (une phase libanaise de 1982 à 1983, une phase iranienne de 1985 à 1988, et une phase irakienne avec la guerre du Golfe en 1990 et 1991).

La qualification de la crise actuelle est d'une grande importance. La résolution 1368 du Conseil de Sécurité, adoptée au lendemain de l'attaque sur les Twin Towers, le 12 septembre 2001, à l'unanimité, y contribue grandement en déclarant que les attaques terroristes constituent, comme n'importe quel acte de terrorisme international, une « menace à la paix et à la sécurité internationales ». Cette résolution reconnaît le droit inhérent et naturel de la légitime défense individuelle ou collective, selon l'article 51 de la Charte.

Cette situation a été confirmée dans la résolution 1373 du 28 septembre 2001 qui a été adoptée à l'unanimité par le Conseil de Sécurité agissant sous le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Elle réaffirme non seulement la condamnation sans équivoque des actes terroristes du 11 septembre, mais leur qualification comme une menace à la paix et à la sécurité internationales. Ceci illustrerait d'autant plus le désir unanime des membres du Conseil de Sécurité d'associer l'Organisation des Nations Unies aux stratégies internationales pour combattre le terrorisme international et de placer ces stratégies sous l'autorité de l'organisation universelle.

la régulation des conséquences de ces attaques terroristes relève alors de l'exercice de la légitime défense individuelle ou collective. Selon la position du Président Bush ou de ses conseillers, il semble que le texte auquel se réfère la résolution du Conseil de Sécurité pourrait correspondre à donner carte blanche aux Etats-Unis, libre de faire ce qu'ils veulent quand ils le veulent.

Les Etats-Unis se sont fondés essentiellement sur l'argument juridique de la légitime défense pour justifier le déclenchement de l'opération « Liberté immuable ». Or, cet argument pose des difficultés au regard du droit international tel que prévu par la Charte des Nations Unies, puisque celle-ci limite l'hypothèse de la légitime défense à la riposte nécessaire et proportionnée par un Etat à une agression armée perpétrée par un autre Etat. L'action menée actuellement contre un Etat, l'Afghanistan, pour la raison suffisante qu'il soutiendrait un groupe terroriste, Al Qaida, est-elle conforme au droit international de la Charte ? La pratique du droit de légitime défense a démontré que les termes de l'article 51 de la Charte ont été interprétés d'une façon très flexible.

Par ailleurs, l'article 51 de la Charte a-t-il été respecté dans la mesure où le Conseil de Sécurité n'a jamais été saisi dans la perspective de prendre des mesures de contrainte même militaires, alors qu'il en a la compétence ?

Nous chercherons dans cette étude à évaluer la légalité des résolutions 1368 et 1373 et la légalité de l'argumentation soutenant la thèse de la légitime défense. Il faut en effet s'interroger sur la pertinence

des arguments juridiques présentés par les Etats-Unis et sur leur conformité aux règles existantes afin de savoir si celles-ci n'ont pas été dépassées dans cette affaire.

Une rédaction volontairement ambiguë et contradictoire de la résolution 1368 a permis son interprétation tendancieuse: soit elle autorise les Etats-Unis à utiliser la force, soit elle reconnaît à ce pays victime le droit de légitime défense en réponse aux attaques terroristes ;

La légitime défense est reconnue dans le préambule, comme si le Conseil de Sécurité visait seulement à rappeler un principe à portée générale.

Il s'agirait davantage de représailles armées, pourtant interdites dans les relations internationales. Cette violation de la légalité, qui n'est pas la première dans l'histoire des relations internationales, relance à nouveau le débat sur la nécessité d'adapter le droit international, régulièrement bafoué démontrant ainsi ces carences pour assurer la paix dans le monde (Titre 2nd).

la responsabilité de l'attentat à un Etat accusé d'en être l'auteur. Provenant d'une organisation terroriste non étatique, la responsabilité de ces actes sera aussi imputée l'Afghanistan (II).

la proposition initialement faite par le groupe des pays comprenant l'Inde et l'Algérie a été refusée. Dans un arrêt rendu le 13 mars 2001, la Cour de cassation française, à propos d'une affaire de terrorisme impliquant le colonel Kadhafi, n'a pas considéré le terrorisme comme un crime international pouvant entraîner la levée de l'immunité des chefs d'Etat. La décision de la Cour de cassation a annulé la procédure engagée à l'encontre du chef d'Etat libyen .

les Etats-Unis ont rejeté le Statut de la Cour Pénale Internationale et la définition du crime contre l'humanité n'est pas identique à l'approche très restrictive de la notion faite à l'article 6 du Statut du Tribunal international militaire de Nürnnberg qui a acquis un caractère coutumier .

On peut voir dans les attaques du 11 septembre 2001 une « menace contre la paix et la sécurité internationales », selon les termes employés par le Conseil de Sécurité. Cette terminologie n'a rien de nouveau. Le Conseil de Sécurité a déjà qualifié des actes de terrorisme international de « menaces contre la paix », en particulier au regard des attaques aériennes de Lockerbie et du vol UTA 772 attribuées à la Libye.

Dans l'affaire de la destruction de l'appareil de la Pan Am au dessus de Lockerbie en Ecosse le 21 décembre 1988, le représentant des Etats-Unis a souligné que la destruction de l'avion

« constituait un acte de terrorisme flagrant et brutal (...), d'un comportement qui nous menace tous et qui met directement en danger la paix et la sécurité internationales (...). Le mandat du Conseil de Sécurité exige que celui-ci assume carrément ses responsabilités dans cette affaire. Il ne doit pas se laisser égarer par les efforts entrepris du côté libyen pour tenter de faire de cette question de paix et de sécurité internationales une question de divergences bilatérales » 26 .

Selon la résolution 731 de 1992,

« les actes de terrorisme international...constituent une menace à la paix et à la sécurité internationales ».

Les attentats contre le Pentagone et le World Trade Center sont donc des menaces contre la paix.

2. « un acte de guerre ! »

A peine l'attentat a-t-il été commis que le Président Bush a qualifié ce crime d'acte de guerre, introduisant dans l'analyse d'un acte commis aux Etats-Unis par des personnes agissant apparemment à titre privé et n'étant nullement des agents d'une puissance étrangère, une idée importée injustement du

droit international. Cette attitude était légitime politiquement. Mais elle était aussi chargée de dangers pour le futur 27 .

En qualifiant d'acte de guerre un acte terroriste, quelle qu'en soit la gravité, les autorités américaines ont exploité l'émotion et la réprobation que provoque un tel crime, en le sortant du droit commun pour affirmer que sa répression relève de la responsabilité des autorités militaires et non des autorités judiciaires du pays où il a été commis ni des institutions internationales.

En invoquant un acte de guerre, les responsables américains se placent plus sur le terrain de la riposte militaire que sur celui du droit international. Or, aucun attentat terroriste n'a jamais pu être considéré comme un acte de guerre, puisqu'il est commis par des personnes privées et non par des entités étatiques.

La guerre est un conflit armé entre deux ou plusieurs Etats. Ici, nous sommes confrontés à une attaque extrêmement importante à l'encontre d'un Etat mais par une entité non étatique. Incontestablement, l'utilisation du terme « guerre » a un impact psychologique énorme sur l'opinion publique, qui vise à insister sur deux points.

D'une part, l'attaque terroriste a été d'une telle violence que ses effets sont assimilables à une agression provenant d'un Etat. D'autre part, la réponse à cet attentat doit nécessairement mobiliser toutes les ressources possibles des Etats-Unis, comme s'il s'agissait d'un état de guerre, d'une situation d'exception 28 .

Ce n'est pas une guerre à laquelle pourront être appliquées les lois et les coutumes de guerre (la Convention de la Haye, le droit humanitaire des conflits armés, la Convention de Genève et principalement la Convention de 1949 de la Croix-Rouge et les Protocoles de 1977). Ce n'est pas une guerre mais un conflit autre, auquel notre arsenal juridique est peu adapté.

B. La responsabilité présumée de l'organisation Al Qaida et de son chef Ben Laden

Oussama Ben Laden a été désigné comme le responsable principal des attentats dès le 12 septembre 2001. Il paraissait pourtant difficile, au lendemain des actes terroristes, de savoir précisément qui en était à l'origine et s'ils avaient été dirigés de l'étranger 29 .

1. La mise en cause d'Oussama Ben Laden

L'ambassadeur américain en charge du contre terrorisme a présenté le 2 octobre 2001 aux dix neuf ambassadeurs auprès de l'OTAN des éléments de preuve qui, selon le secrétaire général de l'OTAN, imputent la responsabilité des attentats à Oussama Ben Laden et à l'organisation Al Qaida. Ces preuves suffiraient à légitimer une riposte militaire. L'ennemi est présenté comme un réseau tentaculaire bénéficiant de nombreux soutiens dans nombreux pays.

Cependant, aucune preuve n'a encore été livrée au public. Les Etats-Unis ne sont pas en droit de se réfugier derrière le caractère secret de l'enquête. Certes, des films ont été diffusés à travers le monde, dans lesquels le chef d'Al Qaida revendiquerait ces attentats. Or, les enregistrements n'ont aucune valeur juridique en droit français ; de plus, ces films ne laissent pas entendre les paroles prononcées par Oussama Ben Laden.

La conviction de la majorité de l'opinion publique américaine ne saurait être à l'évidence suffisante.

En effet, la multitude de mouvements supposés fondamentalistes n'est pas hiérarchiquement structurée, n'étant qu'un vaste réseau informel de groupes dormants, plus ou moins indépendants les uns des autres, dont les seuls points communs sont l'idéologie, des contacts occasionnels et parfois des

mêmes sources de financement, voire des camps d'entraînement communs. Toutefois, il n'existe aucun commandement centralisé ni d'organes collectifs de décision.

Ainsi, à supposer que l'enquête puisse établir des liens entre les auteurs des attentats suicides du 11 septembre 2001 et Oussama Ben Laden, il ne serait pas encore établi que celui-ci est l'instigateur et le commanditaire de ces crimes. En serait-il encore l'inspirateur ne pourrait-on toutefois pas le poursuivre comme complice.

Certes, ces précisions juridiques se distinguent nettement de l'approche émotionnelle choisie par les responsables américains, mais elles sont bien plus respectueuses des principes démocratiques défendues par notre société.

2. La question de la preuve fondant les accusations à l'encontre d'Al Qaida

Quand bien même les soupçons à l'encontre de Ben Laden seraient fondés, celui-ci doit bénéficier de la présomption d'innocence, tant que sa culpabilité n'a pas été établie et jugée par un tribunal impartial, à la suite d'un procès équitable 30 .

La question des preuves est un problème récurrent en matière de terrorisme. Rappelons l'attentat du 5 avril 1986 contre une discothèque de Berlin Ouest, fréquentée par des militaires du contingent américain. Les Etats-Unis disent détenir les preuves que cet attentat a « été préparé et exécuté sous les ordres directs du régime libyen » 31 . Si le Président Reagan avait affirmé que les preuves étaient « directes, précises, irréfutables », force est de constater qu'elles n'ont jamais été produites. Un expert des relations internationales soulignera d'ailleurs :

« on notera qu'il est réellement exceptionnel dans l'histoire diplomatique que l'on se refuse à rendre publiques les données servant de justification à une entreprise militaire déclenchée contre un autre Etat » 32 .

Ceci explique aussi la résolution du Parlement Européen de Strasbourg adoptée le 17 avril 1986

« invitant instamment les Etats-Unis à présenter aux Nations Unies les preuves de la participation libyenne aux attentats terroristes » 33 .

Le Président américain Bush s'est engagé à ramener le coupable présumé « mort ou vif », alors qu'Oussama Ben Laden est un citoyen étranger vivant dans un pays d'étranger. Or, rien n'autorise un Etat à se soustraire à la procédure d'extradition, s'il veut que lui soit livré un criminel qu'il aurait la compétence de juger.

L'extradition suppose que soit remis au pays dans lequel se trouve la personne poursuivie un dossier complet justifiant des charges existant retenues contre elle. Quand l'extradition est impossible, ceci à cause de l'ordre juridique interne de l'Etat où se trouve la personne poursuivie ou suite à un refus même illégitime opposé à la demande d'extradition, aucune règle de droit ne permet d'imposer l'extradition.

L'Etat demandeur ne peut alors juger le criminel que par défaut ou contumace.

Dans l'affaire en cause, aucune demande formelle d'extradition n'a jamais été formulée, ni aucun mandat international n'a été lancé à l'encontre d'Oussama Ben Laden.

Paradoxalement, Al Qaida aurait agi avec l'aide de l'Afghanistan, alors que certains hauts responsables de l'administration américaine affirmaient encore il y a quelques mois qu'elle agissait de manière autonome 34 . Pourtant aujourd'hui, l'Afghanistan est la cible de la riposte américaine, soupçonnée d'avoir participé aux attentats du 11 septembre.

II. L'implication de l'Afghanistan dans une agression armée indirecte

La difficulté à qualifier les attentats du 11 septembre réside dans le fait qu'ils sont assimilés à une agression armée ce qui supposerait cependant l'implication d'un Etat (A). L'Afghanistan sera le principal Etat mis en cause, et contre lequel se dirigera l'action américaine de riposte (B).

A. Une agression armée indirecte

Les références à la légitime défense ont été faites avant même que ne soient désignés les Etats qui seraient les cibles de la riposte. Or, les résolutions 1368 et 1373 ne qualifient pas formellement les attentats du 11 septembre d'attaques armées ou d'actes d'agression, ce qui fait apparaître une véritable contradiction dans la mesure où la condition nécessaire pour fonder l'opération « liberté immuable » sur la légitime défense est l'existence préalable d'un acte d'agression armée de la part d'une entité étatique.

1. la définition de l'agression selon l'ONU

L'agression est la pierre angulaire du système de sécurité collective, nécessaire au déclenchement de l'application d'un régime préventif et répressif qui correspondrait à la réaction de la collectivité internationale organisée 35 .

L'expression « dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée » à l'article 51 de la Charte signifierait donc « dans le cas et seulement dans le cas où ». L'agression armée constitue alors un cas extrême d'emploi de la force prohibée, justifiant l'exercice de la légitime défense.

Les actes terroristes du 11 septembre 2001 sont-ils constitutifs d'une agression armée ? La qualification constitue un « acte préparatoire » qui déclenche « l'état du Chapitre VII ». La « constatation » prévue par la Charte est comparable à une « reconnaissance » : elle ne crée pas l'agression puisque celle-ci a pour origine la commission de certains actes matériels. En revanche, elle lui confère une valeur juridique, condition nécessaire à la mise en oeuvre des mécanismes de sécurité collective 36 .

De nombreux débats avaient été menés pour élaborer une définition de l'agression. Les Etats-Unis et le Royaume-Uni étaient favorables à une conception large assimilant tout soutien à des terroristes à une agression ouvrant la voie à la légitime défense. Néanmoins, leur proposition a été rejetée, nombreux pays refusant d'entendre parler d' « agression indirecte ».

Ces discussions ont abouti à la résolution 3314 37 , adoptée par consensus à l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1974, qui définit à son article 1er l'agression comme étant l'emploi de la force armée... dans tous les cas où l'article 2, paragraphe 4, de la Charte l'interdit, cette définition ne s'étendant pas aux menaces.

« l'emploi de la force armée ... par un Etat agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression.(...) Le conseil de Sécurité peut conclure ...qu'établir qu'un acte d'agression a été commis ne serait pas justifié compte tenu des autres circonstances pertinentes, y compris que les actes en cause ou leurs conséquences ne sont pas d'une gravité suffisante »

L'article 3 énumère six groupes d'actes dont chacun est censé remplir les conditions d'un acte d'agression.

« l'invasion ou l'attaque, l'occupation ou l'annexion du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre Etat, le bombardement, le blocus, le fait d'utiliser la force armée sur le territoire d'un autre Etat

dans des conditions qui ne sont pas prévues par un accord, le fait de mettre son territoire à la disposition d'un autre Etat qui s'en servira pour perpétrer des actes d'agression contre un Etat tiers, l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou groupes armés, de forces irrégulières ou régulières qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action ».

Cette liste n'est pas limitative. Un acte pourrait ne pas rentrer formellement dans la définition de l'agression, mais en substance être de la même nature que les actes énumérés. Les Etats pourraient alors être encouragés à commettre un acte de ce type étant donné les difficultés du Conseil de Sécurité à ranger l'acte en question parmi les agressions.

Juridiquement, la résolution n'a pas de caractère obligatoire. Comme l'exprime le paragraphe 4 de la résolution 3314, l'Assemblée Générale :

« ...appelle l'attention du Conseil de Sécurité sur la définition de l'agression...et lui recommande de tenir compte de cette définition, selon qu'il conviendra, en tant que guide pour déterminer, conformément à la Charte, l'existence d'une agression ».

Reste au Conseil de Sécurité à interpréter avec rigueur la définition donnée dans la résolution 3314 afin d'éviter des recours abusifs à la force.

2. le terrorisme : la qualification difficile d'une agression indirecte

La légitime défense doit-elle être nécessairement la contre-mesure d'une attaque armée étatique ? Ni le texte de l'article 51 de la Charte, ni la résolution 3314 ou encore l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord ne le précisent. Cette question est à l'origine de la controverse sur l'étendue de la légitime défense selon l'article 51 et en particulier sur la portée de l'expression « agression armée », difficile à cerner en matière de terrorisme.

Vattel avait dégagé ce principe :

« Comme il est impossible à l'Etat le mieux réglé, au souverain le plus vigilant et le plus absolu de modérer à sa volonté toutes les actions de ses sujets, de les contenir en toute occasion dans la plus exacte obéissance, il serait injuste d'imputer à la Nation ou au souverain toutes les fautes des citoyens » 38 .

La Cour Internationale de Justice a défini de manière restrictive l'agression armée qui ne peut pas être le fait de

« recouvrir (...) une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre » 39 .

La Cour mondiale précise que

« si la notion d'agression armée englobe l'envoi de bandes armées par un Etat sur le territoire d'un autre Etat, la fourniture d'armes et le soutien apporté à ces bandes ne sauraient être assimilés à l'agression armée. Néanmoins, de telles activités peuvent fort bien constituer un manquement au principe de non-emploi de la force ainsi qu'une intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, c'est-à-dire un comportement certes illicite, mais d'une gravité moindre que l'agression armée » 40 .

Les Etats-Unis n'étaient donc pas en situation de légitime défense face à l'aide prétendument apportée par les autorités nicaraguayennes aux groupes irréguliers agissant au Salvador, ce soutien ne pouvant pas être entendu comme un véritable agression armée seule susceptible de légitimer l'emploi de la force. La Cour ne qualifie pas non plus d'agression le soutien des Etats-Unis aux Contras nicaraguayens qui pourtant commettaient des actes assimilables à des actes terroristes (assassinats de

fonctionnaires, de sympathisants sandinistes, destruction systématique des infrastructures militaires ou civiles...).

Le précédent des Activités militaires constitue un précédent délimitant très précisément les conditions auxquelles un soutien à des forces irrégulières se livrant à des activités terroristes peut être qualifié d'acte d'agression.

La Cour cite d'autres « modalités moins graves d'emploi de la force » que celles constitutives d'une agression, telle l'infraction au principe selon lequel

« chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre Etat, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes (...) » 41 .

la Cour dans l'affaire des Activités militaires ressort aussi dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, dont le texte est d'une portée plus étendue que celui de la résolution relative à la définition de l'agression.

Ces actions pourraient être conçues comme des agressions dites « indirectes ». Or, l'argument de la légitime défense pour repousser une agression de ce type n'a pas été retenue par le Conseil de Sécurité quand le Rwanda et l'Ouganda ont présenté leur occupation d'une partie du territoire congolais comme une riposte au soutien que les autorités de la République Démocratique du Congo avaient auparavant apporté à des forces irrégulières opérant sur leur territoire. Aucune instance de l'Organisation des Nations Unies n'a retenu l'argument de la légitime défense quand celui-ci était invoqué en riposte à une prétendue agression armée indirecte constituée par un soutien à des forces irrégulières 42 .

La pratique n'a pas jusqu'aujourd'hui remis en cause la définition juridique de l'agression telle qu'elle est définie par l'Assemblée Générale des Nations Unies et précisée par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des Activités militaires.

Supposant même que les Etats-Unis ne soient pas liés par cette définition, leur objection constante ne pourrait pas être opposée à la majorité des Etats, parmi lesquels les cibles potentielles de la riposte ont clairement confirmé la valeur juridique de la règle figurant à l'article 3, alinéa g) de la résolution 3314. En cas de doute sur l'interprétation à donner aux différents textes, c'est l'interprétation la plus restrictive qui doit primer, d'autant plus en matière de recours à la force.

Par ailleurs, l'hypothèse selon laquelle un Etat aide des groupes terroristes a déjà été envisagée. On a en effet supposé que des actions terroristes pourraient être assimilées à des attaques armées menées par des forces régulières. Le problème reste d'imputer ces actes à un Etat. La définition de 1974 énonce les critères à appliquer, même à une situation précise par définition imprévue au moment de leur élaboration.

Tout d'abord, l'Etat peut « envoyer » ce type de forces pour commettre une agression. Ensuite, selon la théorie de l'« engagement substantiel », l'Etat doit avoir eu connaissance de la future perpétration de l'acte d'agression ; il doit lui-même y avoir participé ; et son engagement doit pouvoir être qualifié de substantiel, excluant ainsi une participation accessoire 43 .

En considérant que ces critères sont inadaptés, ils peuvent être modifiés, sous réserve que l'ensemble de la communauté internationale y consente mais entre-temps, le droit existant s'applique tel qu'il est conçu. D'ailleurs, le Conseil de Sécurité a pris ces conditions en compte dans les résolutions qu'il a adoptées dans le cadre de la crise engendrée par les attentats du 11 septembre 44 .

Consacrer la définition de l'agression indirecte ne doit pas cependant ouvrir aux Etats victimes de menées subversives ou d'actes terroristes, qui ne réuniraient pas forcément les conditions de l'agression, le droit d'invoquer la légitime défense pour répliquer militairement. La riposte pourrait alors être disproportionnée 45 . Toutefois, l'attitude américaine depuis le 11 septembre 2001 semble relever de ce

phénomène dans la mesure où elle condamne l'Afghanistan, qui n'est pas le commanditaire des attentats.

B. L'imputation de la responsabilité des attentats à certains Etats, dont l'Afghanistan

Depuis le déclenchement du conflit le 7 octobre 2001 en Afghanistan, on constate une sorte d'identification substantielle entre le réseau terroriste Al Qaida et le régime des Taliban 46 . Cette identification peut suggérer que les attentats du 11 septembre seraient des « faits d'Etat », réalisés par le biais d'un groupe d'agents de jure ou de facto du régime des Taliban. L'analyse juridique des faits actuels est alors simplifiée puisque l'action militaire en cours en Afghanistan n'est plus considérée comme étant dirigée seulement contre une organisation terroriste et contre un Etat réputé lui apporter un abri et une aide, mais comme une action frappant un Etat responsable au même titre qu'Al Qaida d'actes de terrorisme international 47 .

1. D'étroites relations entre Al Qaida et le régime taliban à l'origine de la mise en cause de l'Afghanistan

Face aux attaques terroristes provenant d'organisations transnationales, les Etats ont souvent tenté d'identifier un responsable à visage étatique pour agir en légitime défense. Il en a été ainsi d'Israël et de l'Afrique du Sud menacés par le terrorisme 48 .

Le Président de la République Sud-Africaine définit ainsi les raids contre les bases présumées de l'ANC au Botswana, en Zambie et au Zimbabwe comme des « actes de légitime défense » car ces Etats avaient « transgressé le droit international en procurant des sanctuaires à des terroristes ». Israël, justifiant ces opérations en Libye, souligne que « pendant des années l'ANC et l'OLP ont envoyé des recrues dans les camps d'entraînement du colonel Kadhafi » 49 .

La responsabilité de la Libye ne semblait alors pouvoir être engagée qu'en termes d'organisation, d'aide ou d'encouragement d'activités subversives ou terroristes dirigées contre un autre Etat, dans la mesure où aucun engagement direct des forces militaires libyennes n'avait été constaté.

La mise en cause de l'Afghanistan dans les attentats du 11 septembre rappelle l'attitude d'Israël. Victime d'attentats suicides en faveur des Palestiniens, Israël a successivement imputé la responsabilité des attaques terroristes à la Jordanie puis au Liban. Durant les années 1970, des opérations terroristes menées dans les villes et les kibboutzim israéliens n'étaient pas prises à l'initiative de l'armée jordanienne qui se contentait seulement d'aider les saboteurs et de les couvrir. Suite à l'anéantissement de la résistance palestinienne en Jordanie en septembre 1970, le Liban a porté la responsabilité des actions terroristes menées en Israël puis au Liban.

« Les terroristes dirigeaient leurs attaques contre nos colonies et nos agglomérations, proches de la frontière lançant le plus souvent des roquettes depuis le territoire libanais » 50 .

Qu'elle soit victime d'attaques armées de la part de forces régulières, d'incursions de bandes armées ou d'actes de terrorisme revendiqués par des organisations pro-palestiniennes, Israël en a toujours attribué la responsabilité aux Etats arabes voisins.

Depuis la prise du pouvoir par les Taliban en 1996, le Conseil de Sécurité a régulièrement adopté des résolutions concernant la situation en Afghanistan. Les accusations contre le régime de Kaboul sont de plus en plus précises. Quelques jours après les attentats contre les ambassades américaines de Nairobi et Dar-Es-Salaam, le Conseil de Sécurité

« exige des factions afghanes qu'elles s'abstiennent d'héberger et d'entraîner des terroristes et leurs organisations, et qu'elles fassent cesser les activités illicites liées à la drogue » 51 .

Quatre mois plus tard, il appelle les Taliban par leur nom

« Constatant avec la plus grande préoccupation que des terroristes continuent d'être accueillis et formés, et des actes de terrorisme organisés en territoire afghan, en particulier dans les zones tenues par les Taliban (...), le Conseil exige que les Taliban, de même que les autres factions afghanes, cessent les hostilités (...) et coopèrent à la mise en place d'un gouvernement pleinement représentatif » 52 .

Le nom d'Oussama Ben Laden est cité pour la première fois dans la résolution 1267 du 15 octobre 1999. Le Conseil

« déplorant que les Taliban continuent de donner refuge à Oussama Ben Laden et de lui permettre ainsi qu'à ses associés de diriger un réseau de camps d'entraînement de terroristes à partir d'une base pour mener des opérations terroristes internationales (...), notant que les Taliban font peser une menace sur la paix et la sécurité internationales (...) exige que les Taliban remettent sans plus tarder Oussama Ben Laden aux autorités compétentes, soit d'un pays où il a été inculpé, soit d'un pays qui le remettra à un pays où il a été inculpé, soit d'un pays où il sera arrêté et effectivement traduit en justice ».

Considérant les multiples résolutions de ces dernières années, on peut fortement supposer que l'organisation terroriste Al Qaida avait planifié et lancé les attaques du 11 septembre 2001 d'une base installée en Afghanistan. Cet Etat ayant longtemps toléré la présence et les activités d'organisations terroristes sur son territoire et ayant toujours refusé de coopérer avec la communauté internationale pour arrêter les terroristes, il est aujourd'hui devenu une cible légitime 53 . C'est pourquoi dès le lendemain des attentats, les autorités américaines semblaient avoir identifié un objectif à leur riposte : l'Afghanistan, bien que la résolution 1368 n'indique pas explicitement à l'égard de quel pays les Etats-Unis sont en situation de légitime défense.

La stratégie américaine visait tout d'abord, pour être plus efficace, à territorialiser le conflit et le rapprocher des conflits classiques entre Etats (ici les Etats-Unis et ses éventuels alliés s'opposant à l'Afghanistan) plutôt que de se concentrer sur la recherche d'une aiguille, Oussama Ben Laden, dans une botte de foin tel qu'est le terrorisme (ceci même si les opérations américaines en cours rendent cette enquête possible).

Les faits reprochés au régime de Kaboul sont l'hébergement et la non livraison des présumés terroristes, ce qui s'apparenterait à une agression armée indirecte. Or, contrairement à ce qu'a affirmé le Président Bush, ceux qui donneraient asile aux criminels ne peuvent pas être poursuivis comme les criminels eux-mêmes. On ne peut pas induire d'actes ultérieurs aux attentats une quelconque responsabilité de l'Afghanistan dans ceux-ci. La comparaison avec le droit pénal français explique cette logique, faisant du « recel de malfaiteur » un simple délit.

Toutefois, en manifestant par des déclarations et des faits leur approbation et leur soutien aux actions terroristes, les autorités afghanes mettent en jeu leur responsabilité internationale. On est alors confronté au même contexte que celui décrit par la Cour Internationale de Justice en 1980 dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire américain à Téhéran 54 . Les terroristes seraient ainsi assimilés à des agents de l'Etat et l'Etat afghan lui-même pourrait voir sa responsabilité internationale engagée pour leurs actions avec l'éventuelle conséquence que les structures politiques et militaires de l'Etat soient la cible légitime de l'action militaire américaine en légitime défense.

Aucune preuve n'indique que le régime des Taliban plus qu'un autre n'ait collaboré aux attentats meurtriers de New York et Washington. Selon la logique suivie par les Etats-Unis, la légitime défense autoriserait donc une action armée contre tous les Etats soutenant des groupes terroristes : l'Afghanistan ainsi qu'une soixantaine d'Etats abritant des cellules du réseau Al Qaida. Cette opération est d'ailleurs envisagée par les responsables américains, notamment à l'égard de l'Irak 55 .

Les Etats-Unis ne peuvent pas prendre pour cible sans aucune contrainte certains Etats comme objectifs à leur riposte militaire. Un tel usage de la force armée contre ces Etats, de façon contraire au

droit international régissant la légitime défense, pourrait étendre la crise politique et militaire, voire mener à un conflit mondial.

2. l'interprétation américaine abusive des normes internationales régissant l'imputation d'une agression

Les Etats-Unis se fondant sur l'article 51 de la Charte et sur les normes de l'ONU, on ne peut pas contourner les critères juridiques établis à l'article 3 alinéa g) de la résolution 3314 en considérant que les attentats du 11 septembre 2001 ne sont que des organes de fait de l'Afghanistan, ce qui permettrait d'appliquer tous les aspects de ladite résolution qui se réfèrent à des relations inter-étatiques traditionnelles 56 . L'alinéa g) concerne tous les cas où il s'agit d'actes commis par des forces irrégulières et non par des organes officiels de l'Etat.

Cette disposition en tant que « lex specialis » doit servir de base pour estimer la situation, les règles générales de la responsabilité internationale n'intervenant qu'à titre complémentaire sans remettre en cause les dispositions de l'article 3 alinéa g).

En revanche, les principes généraux du droit de la responsabilité internationale seraient plus souples sur la question de l'imputation, ce qui atténuerait ou remettrait en cause les exigences très strictes déduites des règles spécifiques relatives à l'interdiction du recours à la force. Les Etats-Unis ne se sont cependant pas orientés vers cette voie, mais sont au contraire fondés sur l'article 51 de la Charte 57 .

La Commission de droit international a adopté le 8 août 2001 un projet portant sur la codification de la responsabilité internationale. L'article 8 du projet vise directement l'hypothèse de l'attribution à un Etat d'actes de personnes privées. Selon cette disposition nommée « comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat » :

« le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat » 58 .

Il s'agit d'une méthode très rigoureuse pour attribuer à un Etat les actes d'un groupe non étatique. Un contrôle général et diffus sur ce groupe n'est pas suffisant pour attribuer à un Etat le comportement de ce groupe.

« Ce comportement ne peut être attribué à l'Etat que si ce dernier a dirigé ou contrôlé l'opération elle-même et que le comportement objet de la plainte faisait partie intégrante de cette opération » 59 .

Dans le cas qui nous occupe, il faudrait démontrer que les Taliban ont eux-mêmes dirigés ou contrôlé l'opération du 11 septembre 2001, un soutien ou une tolérance plus large étant insuffisants.

Le critère prenant en compte les instructions, les directives ou le contrôle qui doivent porter sur le comportement spécifique a fait l'objet d'un examen attentif. Le choix qui a été fait résulte de la pratique des Etats et de l'affaire des Activités militaires.

« Toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres des forces contras en dehors du contrôle américain. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soient engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites » 60

Cet extrait ne concerne pas l'attribution à un Etat d'un acte d'agression mais si on le transpose à ce domaine en particulier, on aboutit à la même conclusion que l'article 3 alinéa g) dégagée par la CIJ : dans les deux cas, il faut démontrer une participation substantielle de l'Etat concerné aux actes illicites que l'on cherche à lui imputer. Un contrôle général même aussi étendu que celui de l'administration Reagan exercé sur les forces sandinistes ne satisfait pas aux critères juridiques d'imputation.

L'argumentation avancée pour justifier la guerre anti-terroriste ne peut se fonder ni sur les règles spécifiques définissant l'agression, ni sur celles plus générales relatives à la responsabilité de l'Etat.

Ces différentes questions pourraient mener à l'hypothèse du vide du « pouvoir étatique », aucune autorité n'étant titulaire de la souveraineté de l'Etat afghan. Dans cette optique, on pourrait considérer que le régime taleb a été imposé par des forces extérieures, comme le Pakistan, l'organisation Al Qaida n'étant alors qu'un relais. Sur le plan juridique, on pourrait estimer illégitime le gouvernement de fait des Taliban, ce qui expliquerait la volonté presque unanime de ne pas reconnaître un gouvernement de fait largement dépendant de puissances étrangères.

L'Etat afghan aurait subsisté comme en atteste le maintien de sa représentation à l'ONU et des références à cet Etat dans les résolutions du Conseil de Sécurité ; Mais cet Etat n'aurait pas été représenté par un gouvernement politiquement et juridiquement responsable. Si l'on suit ce raisonnement, l'argumentation de la légitime défense perd tout sens : n'étant plus représenté comme un gouvernement propre, l'Etat afghan ne peut pas être considéré comme responsable.

Chapitre 2nd : La riposte américaine aux attentats : une acception élargie de la légitime défense

Aucune disposition de la Charte des Nations Unies n'interdit la légitime défense sur la base du droit international coutumier, ce qui autoriserait une interprétation extensive de cette notion, sinon celle entendue au sens strict dans la Charte. En outre, les tenants de cette interprétation affirment qu'il serait illogique de dire que, parce que l'article 51 autorise expressément la légitime défense dans le cas d'une agression armée, la légitime défense n'existe que dans ce cas.

Le droit international, conventionnel ou coutumier, n'autorise pas un Etat, ni même les Etats-Unis, à violer certains traits caractéristiques de la légitime défense, tant les principes de proportionnalité et de nécessité que ses restrictions temporelles (I).

De plus, l'opération « liberté immuable » ne semble pas se faire dans le cadre des Nations Unies mais davantage sous l'égide de la coalition américano-britannique (II).

I. La violation des caractéristiques traditionnelles de la légitime défense

L'action américaine n'est pas conforme à la légitime défense tracée par la Charte des Nations Unies, du point de vue des principes de proportionnalité et de nécessité (A). Elle tend vers une action préventive, dans la mesure où l'agression ayant cessé, elle ne justifie aucunement des mesures de riposte, à moins de chercher vengeance. L'action américaine se rapprocherait de celle menée par Israël et qu'ils condamnaient pourtant fermement (B).

A. La violation des conditions de nécessité et de proportionnalité

Les Conventions de Genève ont établi la distinction entre les objectifs civils et militaires, interdisant l'emploi disproportionné des armes par rapport à l'avantage militaire escompté ou à la menace. D'autres textes depuis la Convention de La Haye de 1899, interdisent l'usage de certaines armes : chimiques (protocole de Genève de 1925, convention de 1993), biologiques (protocole de 1925, convention de 1972),

certaines armes classiques provoquant des dommages disproportionnés ou frappant de manière indiscriminée (convention de 1980, complétées par plusieurs protocoles, convention d'Ottawa de 1997 sur les mines antipersonnel, ...).

Les mesures prises par un Etat à titre de légitime défense doivent être proportionnées et nécessaires à la menace. Ces deux conditions sont issues de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. La réaction doit être "instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation" selon la célèbre formule du secrétaire d'Etat américain Webster en 1842 dans l'affaire du Caroline, puis fréquemment reprise depuis 1945 61 . Dans cette affaire, les Etats-Unis avaient demandé au gouvernement britannique de justifier juridiquement la destruction d'un navire américain par des sujets britanniques. Il a été déclaré à cette occasion que la légitime défense ne doit constituer « aucun caractère déraisonnable ni excessif » 62 .

L'exigence de proportionnalité est confirmée par la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice dans les affaires des activités militaires et de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires 63 . Elles seront reprises également par les Etats 64 et la doctrine 65 .

Or, pour que la défense soit légitime, la condition de nécessité requiert que l'Etat concerné ait épuisé tous les autres moyens avant d'en arriver à l'usage de la force.

1. La condition de nécessité

Cette condition de nécessité amène à s'interroger sur le cas de l'Afghanistan. En effet, pourquoi d'autres mesures, comme l'arrêt de l'aide au Pakistan ou à l'Arabie Saoudite qui soutiennent les Taliban, n'ont pas été prises ? Cela aurait pu être efficace contre un régime installé et maintenu de l'extérieur. Les Etats-Unis ont eux mêmes longtemps soutenu les Taliban contre les Soviétiques durant la guerre froide. Dans ce contexte, les autorités américaines n'ont-elles pas participé à la survenance de la situation qu'elles invoquent aujourd'hui pour prétendre agir en légitime défense ?

Il est alors beaucoup plus difficile d'affirmer que tous les moyens ont été épuisés pour mettre fin aux « agressions terroristes » et la condition de nécessité n'est pas remplie 66 .

Les Etats-Unis refusant de demander au Conseil de Sécurité de se charger du règlement du différend suite aux attentats du 11 septembre, on ne peut qu'exclure le respect de la condition du caractère « nécessaire » de la riposte unilatérale.

Le Conseil a adopté plusieurs résolutions considérées par les Etats comme renfermant des « mesures nécessaires » visant à la lutte contre le terrorisme en général et non à riposter spécifiquement aux attentats du World Trade Center et du Pentagone. A supposer que le Conseil n'ait pas pu adopter ces mesures nécessaires, cette carence aurait encore été le résultat de la volonté des Etats-Unis d'agir sans aucune forme de limite, alors même que le Conseil semblait disposer à s'accorder avec les autorités américaines et qu'il n'existait aucune menace d'utilisation du droit de veto pouvant éventuellement empêcher l'adoption d'une résolution efficace.

En ne respectant pas la procédure de mise en oeuvre du droit de légitime défense, les Etats-Unis se sont volontairement écarté des conditions de nécessité 67 .

2. La condition de proportionnalité

L'application du principe de proportionnalité, quant à lui, pose de difficiles questions d'équilibre et d'appréciation, tout en évitant l'escalade de la force. Le franchissement d'un certain seuil, la possibilité d'imputer les actes en cause à un Etat déterminé sont des conditions de réaction.

L'opération « liberté immuable », faisant figure de « guerre anti-terroriste », s'est peu attachée au respect des conditions de proportionnalité. Rappelons que l'usage de la force doit être proportionné non pas à la tuerie causée par les attentats du 11 septembre mais au but invoqué par les responsables de la riposte. Ainsi les objectifs de l'action américaine sont d'arrêter les responsables présumés des crimes commis lors des attentats suicides de New York et Washington, détruire les sites militaires tels que les infrastructures et les camps d'entraînement utilisés par les terroristes. Le but juridique défendue par les Etats-Unis n'était donc pas de faire tomber le régime des Taliban ni de détruire les installations militaires afghanes n'ayant aucun rapport avec les organisations terroristes 68 .

A titre de comparaison, à la suite des attentats du métro Saint Michel et des soupçons portés sur le FIS, on imagine mal la France envoyer l'armée en Algérie, contrairement à ce que les Américains ont fait après le 11 septembre. Or, entre les attentats de 1995 en France et ceux de 2001 aux Etats-Unis, la différence n'est que quantitative. Certes, ces derniers ont été plus meurtriers, plus spectaculaires, plus lourds en conséquences humaines mais ils sont fondamentalement de la même nature que tout autre acte terroriste.

Quels que soient les objectifs visés par la riposte, ils ne doivent pas être disproportionnés, cela au mépris des normes du droit international humanitaire. Au cours de l'opération « liberté immuable », les Etats-Unis auraient dû se conformer aux principes obligeant au respect des populations civiles interdisant l'usage d'armes causant des dommages collatéraux inutiles. Or, nombreux exemples démontrent les difficultés des forces américano-britanniques à respecter ces normes. Les frappes dites « chirurgicales » n'ont pas empêché la mort de civils innocents et la mise en déroute d'une population afghane déjà meurtrie par les Taliban.

L'action américaine n'a respecté aucun des critères de proportionnalité et de nécessité propres à la légitime défense. Elle n'a pas non plus été inscrite dans un cadre temporel bien défini.

B. La violation des limites temporelles classiques de la légitime défense

L'action « liberté immuable » intervient en contradiction avec la légalité internationale, dans la mesure où elle ne respecte pas d'une part la condition classique d'immédiateté, ni d'autre part l'interdiction de recourir à la légitime défense préventive.

1. Le non respect du principe d'immédiateté

Plus aucun attentat terroriste n'ayant encore lieu sur le sol américain le 7 octobre 2001, date à laquelle était déclenchée l'opération de riposte, celle-ci semble illégale au regard du droit international. En effet, « la légitime défense est seulement la riposte immédiate à l'agression en train de se commettre » 69 . Toutes les mesures prises à titre de légitime défense doivent l'être en réponse immédiate à l'agression.

Il est toutefois impossible dans certains cas de prendre des mesures immédiates. Lorsque la victime ne dispose pas d'une force armée dans la région où l'attaque a eu lieu, les actes de légitime défense, même s'ils ne sont pas immédiats, ne sont pas interdits.

L'article 51 de la Charte est muet sur le délai à ne pas dépasser entre l'agression armée et la riposte. Cette question n'a jamais été débattue. Lors du conflit des Malouines en 1982, la Grande-Bretagne a invoqué la légitime défense et la riposte a nécessité plusieurs semaines en raison de l'éloignement du théâtre des opérations. Le précédent n'est cependant pas comparable dans la mesure où il s'agissait d'un conflit classique entre deux Etats.

Rappelons cependant le raid français contre Baalbek le 17 novembre 1983 qui répondait à l'attentat meurtrier du 23 octobre 1983 à Beyrouth, soit près d'un mois après. Ici, il y a bien terrorisme, mais

selon Jean Charpentier, ce délai « ne permet pas de le ranger dans le cadre de la légitime défense » 70 . Toutefois, ces considérations temporelles ne seraient pas prises en compte si l'action de riposte s'était placée en tant qu'efforts pour « traduire en justice les auteurs, organisateurs et commanditaires de ces attaques terroristes », comme le prévoit le paragraphe de la Résolution 1219, dans le cadre de la responsabilité pénale individuelle et de la répression du crime de terrorisme 71 .

Dans le cas de l'opération « liberté immuable », les Etats-Unis non plus n'ont pas respecté la condition d'immédiateté, la riposte étant déclenchée près d'un mois après les attentats. Il semble s'agir essentiellement d'une action de répression du terrorisme, n'entrant pas dans le cadre strict de la légitime défense.

2. Vers une légitime défense préventive

Le lendemain du déclenchement des opérations militaires en Afghanistan, le représentant des Etats-Unis a déclaré au Conseil de Sécurité :

« In response to these attacks, and in concordance with the inherent right of individual and collective self-defense, United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States » 72 .

Selon les Etats-Unis, la légitime défense est ici conçue comme la riposte à une agression armée en cours dans le but de la faire échouer, mais aussi comme la neutralisation des structures et des moyens qui ont permis d'accomplir les attentats du 11 septembre, attaque pourtant déjà achevée, ceci afin de prévenir toute éventuelle attaque à venir (« prevent any further attacks ») 73 .

Riposte à une agression armée, la légitime défense est un acte de défense. Elle n'a aucune vocation offensive.

« Le but que le comportement en question doit se fixer, sa raison d'être même, est obligatoirement de repousser une agression et d'empêcher sa réussite, et rien d'autre » 74 .

Logiquement, la riposte ne peut pas prévenir des agressions futures, qui sont par essence éventuelles et donc incertaines.

Les législations étatiques n'autorisent pas non plus la légitime défense préventive, l'action de l'individu attaqué devant restée dans le cadre d'une mesure de police répressive. De la même manière, les Etats-membres de l'Organisation des Nations Unies ne seront habilités à agir en légitime défense que contre un mal actuel et présent 75 .

Or, les buts de guerre déclarés par les responsables américains se rapprochent d'une conception de la légitime défense préventive que les Etats-Unis avaient pourtant critiquée à l'encontre d'Israël. Parmi les objectifs de l'opération « liberté immuable », on peut citer celui d'« empêcher que de nouveaux attentats terroristes ne soient commis » 76 ; « the best defense against terrorism is a strong offensive against terrorists » 77 , « détruire les infrastructures du régime des Taliban et les camps des groupes terroristes en Afghanistan ou ailleurs, ce qui pourrait impliquer une soixantaine de pays » 78 .

Le représentant américain au Conseil de Sécurité considère que, selon le résultat des opérations en cours en Afghanistan, on ne peut pas exclure une éventuelle extension des frappes américaines à d'autres Etats, ajoutant que sur le plan juridique

" when you're talking about the inherent right of self-defense, I don't think one would want to limit oneself in any particular way. I think one exercises it, when one thinks it is justified and necessary" 79 .

La position défendue par les Etats-Unis pose la question de sa légalité internationale. Les objectifs énoncés entretiennent-ils un lien suffisant avec l'impératif juridique de la riposte à une agression en

cours ? On ne peut qu'affirmer que le discours américain vise avant tout à élargir le concept de légitime défense. La rhétorique américaine renvoie à des arguments en faveur d'une « légitime défense préventive ». Or ni les cibles, ni la durée et les modalités de cette légitime défense ne sont définies, le seul critère pertinent étant tout simplement ce que les Etats-Unis « pensent justifié et nécessaire » pour répondre à ces attaques terroristes.

Face aux menaces d'agression « imminentes » qui semblent peser sur les Etats-Unis, l'action américaine est-elle une obligation de précaution ou une déclaration d'agression envers l'Afghanistan ?

La légitime défense préventive, telle qu'elle a déjà été utilisée par les Etats-Unis lorsqu'ils ont envoyé des troupes au Koweït pour contrôler les activités américaines, ou par Israël dans ses actions en Egypte en 1967 et contre les camps palestiniens en 1970, existe-t-elle en droit international ?

Il se produit parfois des situations où, face à l'imminence d'une agression, comme il serait avoir été le cas aux Etats-Unis, l'efficacité de la défense implique l'anticipation de l'attaque. C'est ce qu'avait affirmé dans un premier temps la Cour Internationale de Justice. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire du détroit de Corfou, elle a considéré que les mesures prises préventivement dans le cadre de la légitime défense ne sont pas contraires au droit international. Toutefois, il faut une grande prudence dans la pratique afin d'éviter tout abus : comment évaluer précisément et objectivement la « menace d'une agression armée imminente » ?

C'est pourquoi la Cour Internationale de Justice a eu ensuite une interprétation restrictive de la notion de légitime défense, en la limitant au cas d'une agression armée déjà survenue. Les actions préventives sont donc interdites.

« l'exercice du droit de légitime défense collective suppose tout d'abord qu'une agression armée ait eu lieu...La légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnés à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter... Il est évident que l'Etat agressé, étant le plus directement conscient de la situation, attirera vraisemblablement l'attention de tous sur celle-ci . Il est non moins évident que, si l'Etat agressé souhaite qu'un autre Etat lui vienne en aide dans l'exercice du droit de légitime défense, dans des conditions normales, il le lui demande expressément » 80 .

Une lecture restrictive des dispositions de la Charte est la meilleure façon d'imposer la paix dans le monde. Le Conseil de Sécurité doit jouer un rôle central dans le maintien de la paix et de la sécurité internationale, sans être marginalisé dans sa mission mais en contrôlant le recours à l'usage de la force armée.

II. La marginalisation de l'ONU au cours de la riposte américaine

Le Conseil de Sécurité a été isolée du processus décisionnel, entièrement acquis au gouvernement américain. L'opération « liberté immuable » a été menée de façon collective sous l'égide des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne (A). L'action de riposte s'est déroulée en dehors du cadre classique prévue par la Charte des Nations Unies (B).

A. Une action menée sous l'égide des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne

Les autorités américaines ont choisi de riposter par la force de façon unilatérale au nom du droit de légitime défense collective. Elles ont tenu à disposer de l'aval d'un grand nombre d'Etats, qui ont participé à la mission de façon plus ou moins active, dans une logique de légitime défense collective. Certes, il y a eu une coopération internationale, mais l'action militaire ne s'est pas faite dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, et ceci volontairement. Il aurait alors fallu reconnaître qu'une telle action exigeait l'accord préalable du Conseil de Sécurité et qu'elle devait être menée sous son autorité.

1. Les origines de la légitime défense collective

Les Etats-Unis ont donc eu recours au droit de légitime défense collective, soutenus par la Grande-Bretagne principalement. Ce droit a été incorporé à la Charte sous la pression des Etats d'Amérique du Sud. L'application de l'article 53 (droit de prendre des mesures coercitives en vertu ou par l'entremise d'accords ou d'organismes régionaux) étant soumis à l'exercice du droit de veto au sein du Conseil de Sécurité, les Etats sud-américains craignaient que l'application régionale de mesures coercitives ne se heurtent au veto de puissances n'appartenant pas à la région, c'est la raison pour laquelle ils ont fait inscrire le droit de légitime défense collective dans la Charte 81 .

Depuis 1945, ce droit a pris une importance considérable dans l'organisation de la sécurité mondiale. Nombreux Etats ont contracté des traités d'assistance mutuelle en cas d'emploi illicite de la force. Le traité d'alliance conclu en 1946 entre la Grande-Bretagne et la Jordanie en est un exemple précoce. Le traité de l'Organisation de l'Atlantique Nord dispose quant à lui expressément qu'en cas d'attaque armée contre un ou plusieurs Etats-parties, dans l'exercice du droit de légitime défense, individuelle ou collective, chacun des membres de l'OTAN « assistera la Partie ou les Parties attaquées ».

La légitime défense collective a fait l'objet de débats du point de vue de sa signification comme de son fondement juridique ou encore de sa portée. Hans Kelsen 82 a considéré que la légitime défense collective était une contradiction dans les termes : le droit de légitime défense ne peut appartenir qu'à l'Etat attaqué ou menacé. D'autres juristes, comme Bowett 83 , ont limité la légitime défense collective à la seule condition que l'Etat qui entend l'exercer ait fait l'objet d'une agression. La légitime défense collective est alors le droit qu'ont deux Etats victimes d'une agression de prendre ensemble des mesures de défense.

La portée de cette conception est assez large. S'il y a une relation de proximité suffisante (éléments géographiques, économiques, politiques, culturels...) entre ces deux Etats, une agression dirigée contre l'un de ses Etats est réputée être aussi dirigée contre l'autre Etat, justifiant l'adoption de mesures collectives de légitime défense. Toutefois, des juristes ont pu critiqué ces critères de proximité, vagues et difficiles à appliquer.

2. La légalité de l'action « liberté immuable » fondée sur la légitime défense collective

La Cour Internationale de Justice considère que

« dans le droit international en vigueur aujourd'hui (coutumier ou du système des Nations Unies), les Etats n'ont aucun droit de riposte armée 'collective' à des actes ne constituant pas une agression armée ».

Se pose alors la question de savoir si, lorsqu'un Etat A agressé par un Etat B, un troisième Etat C peut-il exercer la légitime défense ? L'issue de la question dépend de la qualification de l'agression subie par le premier Etat.

Ici encore, la question de la qualification juridique des attentats du 11 septembre 2001 est d'une importance majeure puisque c'est elle qui va déterminer la légalité d'une action collective fondée sur la légitime défense.

Selon la Cour mondiale,

« l'usage de la force par un premier Etat contre un second, parce que celui-ci aurait commis une action de force illicite provoquant la riposte, consiste en une agression armée. La légitimité de l'utilisation de la

force par un Etat en réponse à un fait illicite dont il n'a pas été victime n'est pas admise quand le fait illicite en question n'est pas une agression armée » 84 .

La légitime défense collective est soumise à deux conditions, selon la Cour. D'une part, la victime doit avoir déclaré faire l'objet d'une agression armée, d'autre part, la victime doit avoir demandé l'aide de l'Etat qui exerce le droit de légitime défense collective 85 .

La légitime défense collective dans le cadre de l'opération « liberté immuable » ne peut être légale que si les attentats du 11 septembre 2001 sont considérés comme une « agression armée », ceci considérant l'analyse faite sur la qualification de ces actes terroristes dans la première partie de notre étude. De plus, il convient de s'interroger sur la proximité qui lie les Etats-Unis et les pays ayant participé à la riposte, dont principalement la Grande-Bretagne. La plupart de ces Etats appartiennent à la même aire culturelle, avec un niveau de développement économique et social comparable. Quant aux liens qui rapprochent la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, ils sont de nature historique, si bien que selon la théorie du critère de proximité, la légitime défense collective apparaît justifiée. Reste à savoir si les autorités américaines ont expressément demandé à leurs alliés de participer à la riposte.

Par ailleurs, que la légitime défense soit individuelle ou collective, toutes les mesures prises dans son cadre d'action doivent être portées immédiatement à la connaissance du Conseil de Sécurité. Or, on peut constater que le Conseil a été tenu éloigné du déroulement des opérations menées par la coalition américano-britannique.

B. Une action indépendante des procédures légales internationales

1. Les modalités procédurales de la légitime défense selon les Nations Unies

Comment concilier le principe de la compétence exclusive du Conseil de Sécurité dans le système des Nations Unies avec l'action distincte des Etats intéressés en cas de légitime défense ? Les données du problème le rapprochent du droit interne. Les législations nationales ont en effet à résoudre la même difficulté résultant de la combinaison de l'usage personnel de la force par l'individu en légitime défense et du principe du monopôle de la contrainte détenu par l'Etat. La solution est trouvée dans la soumission de l'exercice de la légitime défense à une réglementation rigoureuse. La compétence individuelle ne peut s'exercer qu'en cas de carence des autorités étatiques.

Les auteurs de la Charte ont formellement adopté la technique de droit interne.

Le dispositif de l'article 51 de la Charte se fonde sur une défense subsidiaire et provisoire, « jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». Cela implique que « les mesures prises par des membres dans l'exercice du droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de Sécurité ». L'Etat qui invoque la légitime défense pour agir doit saisir le Conseil de Sécurité à titre informatif. La Cour Internationale de Justice souligne d'ailleurs que « l'absence de rapport au Conseil de Sécurité peut être un des éléments indiquant si l'Etat intéressé était convaincu d'agir dans le cadre de la légitime défense » 86 .

Le Conseil de Sécurité peut intervenir suite à une agression armée en utilisant les forces « des membres des Nations Unies » et non les forces des Etats membres des Nations Unies, ces forces ayant été mises à sa disposition en vertu de l'article 43. Une telle application du Chapitre VII est cependant impossible en raison de la non conclusion des accords prévus par ce même article, rendant la compétence subsidiaire de légitime défense des Etats trop fréquente.. L'organe exécutif est alors contraint de demander l'aide des Etats membres : au lieu d'une action directe du Conseil, les Etats membres sont sollicités afin de compenser la carence de celui-ci.

L'organe restreint des Nations Unies peut alors autoriser la victime de l'agression et d'autres Etats à utiliser la force contre l'agresseur.

L'usage de la légitime défense n'est autorisé qu'en cas de carence du Conseil de Sécurité, ne pouvant s'exercer que jusque la prise en charge du problème par le Conseil, qui aura contrôlé les mesures prises par l'Etat se réclamant de la légitime défense 87 . Ce contrôle exercé par l'organe exécutif vise à éviter que l'Etat agressé détermine unilatéralement l'agresseur en choisissant, sans même avoir fourni les preuves à l'Organisation des Nations Unies, l'Etat « à punir » et les modalités pour le faire.

Les dispositions de l'article 51 doivent s'articuler avec celles des articles 46 et 47 de la Charte. Les opérations militaires, si elles sont nécessaires, doivent s'opérer sous la direction d'un comité d'état-major ad-hoc, sur des plans définis par le Conseil de Sécurité lui-même. Il revient donc au Conseil de définir et organiser les actions militaires qui seraient rendues indispensables à la suite d'une agression 88 .

La compétence des Etats étant provisoire, elle ne s'exercera que jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité l'en dessaisisse en prenant les mesures nécessaires. Or, la procédure décrite par la Charte prête à caution. Ce dessaisissement ne se produira certainement pas à la date où, comme l'article 51 lui en fait obligation, celui-ci informe le Conseil de Sécurité des mesures qu'il a lui-même prises. Ce dessaisissement se produira quand le Conseil de Sécurité aura pris des mesures effectives. De plus, deux phases-actes séparés doivent être remplies par le Conseil : il « constate » l'agression puis « décide » des mesures à prendre (article 39). Ces deux opérations provoquent de nouveaux retards au sein du Conseil de Sécurité. Le dessaisissement de l'Etat qui exerce la légitime défense est donc une opération prévue par la Charte qui se fait difficilement dans la pratique.

2. L'application de la procédure légale au cours de la riposte américaine

Selon les termes du paragraphe 5 de la résolution 1368, le Conseil de Sécurité a clairement indiqué qu'il était prêt à prendre toutes les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationale à ce qui constituerait une menace. Il serait contraire à l'esprit et à la lettre de la Charte que les Etats-Unis, seuls ou avec des alliés, outrepassent le Conseil et procèdent seuls et sans accord à une réponse armée. En 1999, lors de la crise du Kosovo, le Conseil de Sécurité était paralysé à cause de la Chine et de la Russie. Ce n'est plus le cas aujourd'hui 89 .

Pourtant, la procédure décrite par la Charte n'est pas respectée par les Etats-Unis, agissant de façon unilatérale au nom de la légitime défense.

Le Conseil a adopté dans sa résolution 1373 des mesures contre le terrorisme international conformes à ce que souhaitaient les Etats-Unis. Paradoxalement, il continue simultanément à reconnaître aux Etats-Unis le droit de légitime défense 90 . Toutefois, ces mesures concernent le terrorisme en général et non de façon spécifique les attentats du 11 septembre 2001.

De plus, le Conseil de Sécurité laisse aux Etats-membres le soin de définir plus précisément le contenu des mesures concernées. La formule d'usage autorisant les Etats à « employer tous les moyens nécessaires » laisse une marge d'action assez large aux Etats.

Face à ces résolutions ambiguës, on ne peut pas dire précisément s'il s'agit de contre-mesures collectives dirigées par le Conseil de Sécurité ou bien de contre-mesures individuelles qui se greffent sur les contre-mesures collectives 91 . Bien que se déclarant « prêt à prendre toutes les mesures nécessaires pour répondre aux attaques terroristes...et pour combattre le terrorisme sous toutes ses formes...conformément à ses responsabilités en vertu de la Charte », le Conseil de Sécurité laisse une grande latitude aux Etats-Unis pour agir, hésitant entre le désir de gérer lui-même la crise et la résignation à une action unilatérale des Etats-Unis 92 .

Par ailleurs, les autorités américaines ont également court-circuité les l'OTAN. Le 12 septembre, le Conseil de l'Atlantique Nord a adopté à l'unanimité une décision dans laquelle il se base sur l'article 5 du Statut de l'Atlantique Nord. Celui-ci autorise l'exercice de la légitime défense en cas d'attaque contre l'un des dix-neuf membres de l'Alliance. L'ensemble de la communauté internationale a donc préféré cette modalité de riposte à celle d'un usage de la force centralisé sous l'autorité du Conseil de Sécurité 93 .

En Afghanistan, les Etats-Unis agissent avec l'accord de l'ONU mais indépendamment de celle-ci. Le même phénomène a été observé lors de la guerre du Golfe en 1990, celle-ci n'ayant pas constituée une guerre des Nations Unies mais bien une opération autorisée par elles et menée par une coalition armée sous la direction des Etats-Unis. La résolution 678 du 29 novembre 1990 a autorisé les Etats à utiliser de tous les moyens nécessaires si, au delà du 15 janvier 1991, l'Irak maintenait sa présence au Koweït 94 .

La force armée a alors été utilisée ni sous l'autorité du Conseil ni sous son contrôle, puisque celui-ci n'a demandé aucun compte jusque la fin de l'action armée.

La prédominance des Etats-Unis dans les institutions internationales semblent contribuer à l'effacement du Conseil de Sécurité et à l'affaiblissement du droit au profit de l'opportunisme politique.

Toutefois, on ne peut analyser la crise actuelle comme étant gérée entièrement par les Etats dont les Etats-Unis en particulier, au mépris complet du droit international, ce qui réduirait l'ONU à une chambre d'enregistrement, de ratification et de mises en oeuvre des dispositions adoptées unilatéralement par les grandes puissances mondiales, et en particulier par les autorités américaines.

Cette analyse est fondée en ce qui concerne les réactions impliquant l'emploi de la force. Celles-ci ont été décidées et menées sous la direction des Etats-Unis, au mépris de toute logique de sécurité collective pourtant prévue par la Charte.

Cependant, les Etats sont conscients que l'emploi de la force armée ne suffira pas à venir à bout du terrorisme. Pour réussir, seule une action concertée et continue des Etats gérée à un niveau mondial entre les différentes organisations internationales dont principalement les Nations Unies, sera vraiment efficace.

L'universalité et l'étendue des fonctions de l'Organisation des Nations Unies font d'elle une structure incontournable dans la lutte contre le terrorisme, cela à la reconnaissance générale des différents Etats concernés 95 .

TITRE 2nd : La dérive américaine de la pratique du droit international en général et de la notion de légitime défense en particulier

Le Conseil de Sécurité a consenti au droit de légitime défense suite aux attaques du 11 septembre. Pourtant, ni il n'a autorisé l'usage de la force, ni il n'a reconnu le droit de légitime défense de façon expresse aux Etats-Unis et ce, à l'égard d'un Etat particulier. Le droit de légitime défense, tel qu'il est exercé aujourd'hui, a été déterminé par les autorités américaines sur la base d'une interprétation spécifique de la Charte des Nations Unies.

Sous couvert d'un strict respect du droit international, permis par l'appui silencieux d'autres grandes puissances occidentales et par sa forte représentation au sein des institutions internationales, l'action armée américaine apparaît légitime aux yeux de l'opinion publique, au détriment de la légalité internationale.

Dans l'opération « liberté immuable », la légitime défense serait un argument juridique masquant une réalité plus dure : l'action menée en Afghanistan viole le principe conventionnel de non recours à la force dans les relations internationales (Chapitre 1er).

Les représailles américaines menées en Afghanistan révèlent les lacunes du droit international et la nécessité d'adapter celui-ci au nouvel ordre mondial (Chapitre 2nd).

Chapitre 1er : L'opération « Liberté immuable » : des représailles armées violant le principe de non recours à la force dans les relations internationales

Les conditions d'exécution de l'opération « liberté immuable » ne permettent pas d'affirmer qu'il s'agit d'une action au titre de légitime défense. Les buts, plus ou moins avoués des Etats-Unis confortent l'idée qu'il est davantage question de défendre des valeurs morales, ce qui tendrait vers une intervention d'humanité, quitte à violer certains principes juridiques d'importance (I). Cela n'est pas sans rappeler la politique systématique israélienne de représailles, conséquence des attentats pro-palestiniens. C'est pourquoi, il semble plus juste de qualifier l'action en Afghanistan de représailles armées (II).

I. Une opération justifiée au nom de principes moraux et humanitaires, mais non d'un point de vue juridique

L'action américaine viserait à rétablir certaines valeurs morales jugées universelles, dans un but humanitaire (A) quitte à violer des principes de droit international, pourtant fondamentaux, rendant l'action illégale (B).

A. Une action humanitaire au nom de prétendus principes moraux

Parmi les buts de l'opération menée en Afghanistan, les autorités américaines ont dit vouloir renverser le régime des Taliban et « libérer » l'Afghanistan de leur joug, par conséquent, « défendre les Musulmans contre d'autres Musulmans » 96 en établissant sur cette base un nouveau régime au sein duquel il n'y aurait aucune place pour les Taliban 97. Enfin, les Etats-Unis entendaient « protéger les peuples de la région » en y rétablissant la stabilité 98.

La puissance américaine invoque ici des motifs humanitaires pour intervenir en Afghanistan. Indéniablement, ce pays été l'objet de nombreuses violations des droits fondamentaux de l'homme. La communauté internationale est restée longtemps passive face à la situation mais les attentats du World Trade Center et du Pentagone ont fait l'effet d'un détonateur.

Les conditions dramatiques dans lesquelles vivent les Afghanes, cachées sous leur burka, ont enfin été révélées à l'opinion publique internationale. Celle-ci, profondément choquée, a pressé les grandes puissances en faveur d'une intervention humanitaire.

1. La légalité d'une éventuelle intervention humanitaire en Afghanistan

L'intervention est une forme d'ingérence par un Etat dans les affaires intérieures d'un autre Etat indépendant auquel le premier Etat veut imposer son point de vue, au besoin par la contrainte.

Vitoria a été un des premiers auteurs à reconnaître l'intervention humanitaire. Il l'admettait dans deux hypothèses : protéger la vie des innocents et protéger la liberté de conscience des Chrétiens en pays barbare.

Dans le passé, la religion a été à l'origine de nombreuses interventions d'humanité. Ainsi, la France est intervenue en 1860 pour protéger les Chrétiens en Syrie et au Liban. Puis, dans la pratique

internationale, le motif d'intervention s'est modifié et élargi. Les Etats ont cherché à faire respecter la liberté de religion, les droits de l'homme et la défense de leurs ressortissants.

Une des interventions d'humanité les plus célèbres est certainement celle des sept puissances 99 pour sauver leurs représentants et leurs nationaux lors de la révolte des Boxers en Chine en 1900. Le corps diplomatique en poste à Pékin a considéré que le gouvernement impérial était responsable de crimes contre le droit des gens, contre les lois de l'humanité et contre la civilisation.

La pratique des Etats a conduit à une consécration relative de l'intervention, autorisant celle-ci en cas de violation des lois fondamentales de la société internationale. De façon abusive, l'intervention armée a ensuite visé tout manquement au droit international et non plus seulement le non respect des normes les plus importantes du droit international.

Citons à titre d'exemple la Grande-Bretagne et la France qui, lors de la crise de Suez en 1956, ont justifié leur opération militaire contre l'Egypte pour assurer la liberté de circulation conventionnellement reconnue, liberté que l'Egypte violait par la nationalisation du canal de Suez. Cette argumentation a été refusée par les Nations Unies, considérée comme abusive.

L'intervention humanitaire est-elle légale au regard du droit international, ce qu permettrait de justifier l'opération « liberté immuable » ?

Malgré la mise en place de l'Organisation des Nations Unies, le système n'assure encore que difficilement et partiellement le respect des droits de l'homme dans le monde.

« La mise en place d'un véritable système de sécurité collective fait encore figure d'un idéal lointain ; ce n'est qu'au jour de sa réalisation que l'intervention d'humanité en tant que droit étatique aura vécu » 100 .

L'action humanitaire est reconnue en des termes généraux et prudents. Sans être illicite, elle n'est possible que pour des cas extrêmes et sous certaines conditions. Les Nations Unies n'avaient pas prévu certaines formes de violations du droit international particulièrement graves et révoltantes. Elles n'avaient pas non plus envisagées un phénomène terroriste dont la dimension internationale irait croissant.

En attendant que l'Organisation des Nations Unies devienne un instrument efficace pour empêcher les violations des droits de l'homme, l'intervention humanitaire est nécessaire.

C'est pourquoi dans les situations d'ultime recours, lorsque toute autre voie pacifique est épuisée et en présence d'une violation flagrante des normes les plus fondamentales du droit international (traitement inhumain et dégradant des étrangers, menace d'extermination massive d'un peuple...), l'intervention armée est tolérée. L'Etat fautif devrait alors manifester un refus continu et évident de bonne volonté pour un règlement amiable.

En Afghanistan, malgré les nombreuses plaintes des organisations non gouvernementales envers les Taliban concernant le traitement inhumain qu'ils réservent aux femmes, aucune avancée n'avait été faite, de massives violations des droits de l'homme continuant à être perpétrées. Une action de la communauté internationale était nécessaire depuis longtemps pour faire face à ces violations de droits fondamentaux, sans pour autant lancer une guerre sur tout le territoire dont les effets majeurs ont été d'accroître les conditions de vie de la population.

L'intervention apparaît alors comme un palliatif de dernier ressort. Elle doit être limitée et ponctuelle, ajustée et nécessaire, conditions résultant de la règle de proportionnalité, principe coutumier en matière de riposte. Il peut s'agir de simples opérations aéroportées, d'occupation militaire de certains points du territoire étranger, de démonstrations navales, d'un blocus pacifique des côtes...

En Afghanistan, il va sans dire que la règle de proportionnalité n'est pas strictement respectée.

Dans la résolution adoptée par l'Institut de Droit International en 1975, l'article 4 évoque la question de l' « aide humanitaire ». L'intervention d'humanité est comprise comme

« le sens étroit d'ingérence active d'un Etat ou d'un groupe d'Etats dans les affaires intérieures d'un autre Etat en vue de lui imposer le respect des droits fondamentaux de l'individu » 101 .

2. Les buts cachés d'une mission difficile à qualifier d'humanitaire

L'intervention américaine en Afghanistan vise à garantir le respect des droits de l'homme certes, mais ce n'est pas son seul objectif. Elle se fonde sur des « impératifs moraux », proclamés unilatéralement, et sur des concepts tels que le Bien et le Mal, notions comparables à celles justifiant il y a quelques siècles les « guerres justes » 102 .

La volonté des Etats-Unis semble être d'universaliser leur propre droit interne et leurs valeurs « morales », cela même au mépris des règles internationales.

Rougier, dans un article publié en 1910, écrivait déjà :

« toutes les fois qu'une puissance interviendra au nom de l'humanité dans la sphère de compétence d'une autre puissance, elle ne fera jamais qu'opposer sa conception du juste et du bien social à la conception de cette dernière, en la sanctionnant au besoin par la force. Son action tendra en définitive à englober un Etat dans sa sphère d'influence morale et sociale en attendant de l'englober dans sa sphère d'influence morale et politique. Elle le contrôlera pour se préparer à le dominer. Ainsi, l'intervention d'humanité apparaît comme un moyen juridique ingénieux d'entamer peu à peu l'indépendance d'un Etat pour l'incliner progressivement vers la mi-souveraineté » 103 .

Rougier estime que « le désintéressement est une condition essentielle chez l'intervenant dont l'action tend à faire respecter la règle de droit » 104 .

Or, si les intentions américaines ne sont hélas pas dénuées de tout intérêt (économique et géostratégique notamment), elles s'inscrivent de surcroît dans une opération rendue illégale par la violation de principes fondamentaux.

B. une action rendue illégale par la violation de principes fondamentaux

L'action armée menée en Afghanistan est comparable à celle dirigée par les Etats-Unis en Irak. Le régime de Saddam Hussein ne respecte ni les droits de l'homme ni la démocratie ni les résolutions prises par le Conseil de Sécurité. Il a aussi violé le principe de non agression en attaquant le Koweït. L'Irak ne se conforme pas non plus aux principes énoncés par la Charte des Nations Unies.

Comme nous l'avons précédemment vu, l'Afghanistan connaît un régime autoritaire, certes différent de l'Irak mais méprisant aussi les droits de l'homme particulièrement à l'égard des femmes. Le régime des Taliban refuse également de se conformer aux décisions prises par les Nations Unies.

Or, rien dans la Charte n'autorise un Etat à imposer à un autre Etat la légalité internationale.

1. La violation de principes fondamentaux du droit international au cours de l'intervention

La légitimité politique et morale des objectifs de politique étrangère des Etats-Unis, qu'il s'agisse de l'Irak ou de l'Afghanistan, ne suffit pas à justifier la violation de principes essentiels du droit international.

Celui-ci interdit l'intervention d'un Etat dans les affaires internes d'un autre Etat. Selon la Cour mondiale, le principe de non-intervention :

« interdit à tout Etat ou groupe d'Etats d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. L'intervention interdite doit donc porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures. L'intervention est illicite lorsqu'à propos de ces choix, qui doivent rester libres, elle utilise des moyens de contrainte. Cet élément de contrainte, constitutif de l'intervention prohibée et formant son essence même, est particulièrement évident dans le cas d'une intervention utilisant la force, sous la forme directe d'une action militaire, ou sous celle, indirecte, du soutien à des activités armées subversives ou terroristes à l'intérieur d'un autre Etat » 105 .

Les Etats n'ont pas le droit d'intervenir dans les affaires d'un autre Etat, ni directement ni indirectement. Sont interdites l'intervention armée ou toute autre forme d'ingérence ou de menace contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturelles.

De la même manière, tous les peuples sont égaux. Ils ont droit de déterminer eux-mêmes leur statut politique. Tout Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à des mesures de coercition qui priveraient d'autres peuples de leurs droit à disposer d'eux-mêmes, de leur liberté et de leur indépendance.

L'opération « liberté immuable » intervient en violation de ces principes fondamentaux régissant le droit international. Selon le raisonnement de la Cour, les Etats-Unis, en soutenant l'opposition afghane, affectent l'autonomie politique de l'Afghanistan. Or, le choix du régime politique fait partie de la souveraineté de l'Etat afghan, qu'importe la nature du régime. En appuyant militairement et financièrement les troupes du commandant Massoud, leader de l'opposition aux Taliban, les Etats-Unis ont utilisé des moyens de contrainte indirects, dans la mesure où il s'agit d'une aide à des activités armées. Or, le droit international interdit aux Etats d'une part, d'organiser des activités subversives visant à changer le régime d'un autre Etat et d'autre part, d'intervenir dans les luttes intestines d'un autre Etat.

2. Une intervention fondée sur un droit d' « ingérence démocratique »

Les Etats-Unis agissent comme ils l'avaient fait pour l'Irak. En 1998, les autori

tés américaines visaient à renverser le régime de Saddam Hussein par la force : par une rébellion, un coup d'Etat ou un assassinat. Elles avaient justifié par une raison juste et légitime leur action dérogeant au principe de non-intervention : les actions menées en Irak ont pour objectif la démocratisation de ce pays 106 .

Or, pour l'Irak comme pour l'Afghanistan, existe-t-il un droit d'ingérence démocratique ?

L'assistance humanitaire a souvent nécessité l'intervention dans les affaires d'un Etat, sans que celui-ci l'ait expressément requise ou acceptée. Peut-on parler de droit d'ingérence démocratique autorisant une intervention extérieure pour ériger la démocratie dans un pays ?

Pour justifier la conception américaine, il faut démontrer l'existence d'un droit à la démocratie. L'Organisation des Nations Unies et les pays occidentaux ne cessent de pousser le reste du monde à la démocratisation. Le droit à la démocratie s'exprimerait par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le peuple pourrait alors exercer son droit à l'autodétermination démocratique.

Cette interprétation découle logiquement des articles premiers des deux Pactes sur les droits de l'homme de 1966 et de leur association avec le droit de vote, la liberté d'expression et les libertés

collectives (droit d'association et de réunion). Il existerait par ailleurs un lien entre la démocratie et la satisfaction des droits économiques et sociaux.

Toutefois, cette interprétation va à l'encontre du principe traditionnel d'indifférence du droit international par rapport au régime interne, corollaire de la souveraineté.

Il est difficile de montrer au niveau universel une opinio juris qui reconnaisse la démocratie comme un droit et de trouver une pratique continue et homogène de la plupart des Etats. La démocratie est un but légitime auquel les peuples ont droit. Cependant, au sens strict, le droit international ne le leur octroie pas encore. Par ce statut incertain, la démocratie ne peut remettre en cause ni le principe de non-intervention dans les affaires internes d'un Etat, ni l'interdiction de l'usage de la contrainte à l'encontre de son autonomie politique 107 .

C'est pourquoi, l'intervention humanitaire menée par les Etats-Unis dans le but d'instaurer un régime démocratique en Afghanistan n'est pas licite au regard du droit international. Si elle est légitime moralement, elle ne trouve aucun fondement juridique concret.

L'opération « liberté immuable » n'est pas une action menée dans le cadre strict de la légitime défense telle qu'elle est prévue par la Charte. Elle n'entre pas non plus dans la catégorie de l'intervention d'humanité, le motif humanitaire apparaissant ici plutôt comme un prétexte pour asseoir la domination américaine.

On peut alors la qualifier d'acte de représailles, tendant vers une politique systématique de représailles contre le terrorisme, de la même façon qu'Israël riposte aux différents attentats suicides qui touchent son territoire.

II. des représailles armées comparables à la politique systématique menée par Israël

L'opération « liberté immuable » doit être qualifiée de représailles armées dans la mesure où les conditions de la légitime défense sont dépassées (A). On peut également faire un parallèle entre l'action actuelle américaine et celle menée par Israël consécutivement aux attentats suicides pro-palestiniens(B).

A. L'opération « liberté immuable » : des traits propres aux représailles armées

L'action « liberté immuable » a été entreprise dans une démarche punitive. En attestent les différents objectifs énoncés par les autorités responsables de l'opération : faire « payer le prix » aux Taliban qui n'ont pas voulu répondre aux exigences américaines 108 et obliger les Taliban à livrer Oussama Ben Laden à la justice américaine ou le capturer « mort ou vif » 109 . C'est l'aspect punitif de l'opération en Afghanistan qui la distingue d'un acte de légitime défense en la rapprochant des représailles armées.

1. La distinction des représailles armées de la légitime défense

Les représailles sont un procédé classique utilisé par les individus et les Etats qui veulent exercer une justice privée, au mépris du système de sécurité collective. Elles peuvent être d'ordre économique, politique, juridique ou militaire.

Dans le cadre étatique, le souverain a limité puis interdit l'usage des représailles. Le passage de la liberté totale à l'interdiction s'est étendu sur plusieurs siècles pendant lesquels l'Etat s'est longtemps borné à limiter ce droit n'ayant ni l'autorité ni les moyens nécessaires de rendre justice à l'individu lésé.

Au XIX^{ème} siècle, les représailles armées entre Etats constituaient un phénomène généralisé. Le Pacte de la Société des Nations a ensuite soulevé le problème de savoir si le recours aux représailles lui était compatible. A la suite de l'incident de Janina en 1923, le Comité de Juristes a émis un avis très prudent :

« les mesures de coercition qui ne sont pas prises dans le dessein de faire la guerre peuvent être ou n'être pas compatibles avec les dispositions des articles 12 et 15 du Pacte et il appartient au Conseil, lorsque le différend lui a été soumis, de décider, en prenant en considération toutes les circonstances de l'affaire et la nature des représailles adoptées, s'il doit recommander la poursuite ou le retrait de telles mesures » 110 .

En droit international, les représailles sont des

« mesures de contrainte dérogatoires aux règles ordinaires du droit des gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit » 111 .

Elles sont incompatibles avec l'interdiction de recours à la menace et à l'emploi de la force énoncée à l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies. Elles diffèrent de l'intervention armée par son caractère primitif et son rattachement à l'auto-protection (self-help) qui débordé à la fois de la légitime défense et des contre-mesures.

L'Assemblée Générale des Nations Unies a souvent condamné les représailles armées, n'étant pas une réponse adéquate et licite à une violation du droit international. La résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 sur les relations amicales et la coopération entre Etats interdit les représailles armées, affirmant que « les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force ». La résolution 188 (1964) adoptée le 9 avril 1964 à propos du Yémen, puis celles relatives au Moyen-Orient (résolution 248 adoptée le 24 mars 1968) ou celles condamnant Israël à l'égard de différents Etats voisins ont fermement condamné ce type d'emploi de la force.

Dans le cadre du droit international humanitaire, les Conventions de Genève de 1949 interdisent les représailles, de même que les protocoles additionnels à ces conventions de 1977 112 .

Les Etats-Unis eux-mêmes ont reconnu l'illicéité des représailles armes en raison des dispositions de la Charte des Nations Unies. Ils ont « adopté une position catégorique selon laquelle les représailles impliquant le recours à la force étaient illégales d'après le droit international » 113 .

Pourtant, on constate un gouffre entre les déclarations et la pratique. Les Etats recourent périodiquement aux représailles, lorsqu'ils s'estiment victimes de violations. Les Etats-Unis avaient été les premiers à déployer des actes de représailles d'envergure suite à l'incident du Maddox au Vietnam dans le golfe du Tonkin en 1964.

Les représailles et la légitime défense visent des buts différents, les premières, contraindre l'Etat offensant à rentrer dans la légalité, la seconde résister à un mal. Les représailles seraient une riposte à une atteinte déjà accomplie à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un Etat, la légitime défense sont elles une réplique à une atteinte actuelle ou imminente à cette intégrité ou à cette indépendance. Si la riposte de l'Etat offensé n'intervient qu'après un certain laps de temps, cette riposte semble devoir entrer dans le cadre des représailles.

Dans l'opération « liberté immuable », les Etats-Unis ont agi en représailles aux attentats du 11 septembre 2001

2. l'opération « liberté immuable » : des représailles armées

Les Etats-Unis avaient initialement appelé leur action « justice infinie ». Cette expression semblait privilégier le sentiment de revanche quitte à violer la légalité internationale.

Les représailles armées, en réponse à un usage relativement faible de la force lors d'une attaque armée, sont considérées comme illégales aussi bien contre un Etat que contre une organisation terroriste. En est-il cependant de même lorsqu'il s'agit d'un usage extrême et à grande échelle de la force telle que ce qui s'est produit le 11 septembre 2001 ?

En supposant que l'action « liberté immuable » ne relève pas de la légitime défense, entre-t-elle dans le cadre des représailles armées, au regard des conditions déterminées par la doctrine et la jurisprudence internationale ?

L'affaire Naulilaa du 31 janvier 1928, qui opposaient l'Allemagne et le Portugal, a permis de dégager les conditions d'exercice des représailles. Il s'agissait d'une expédition entreprise par les autorités allemandes du Sud Ouest africain contre le territoire portugais de l'Angola, à la suite du meurtre de citoyens allemands.

Tout d'abord, le motif fourni doit être un acte préalable contraire au droit des gens. Les représailles ne sont licites que si elles sont précédées d'une sommation restée infructueuse. Enfin, il y a la « nécessité d'une proportion entre les représailles et l'offense ». Les représailles doivent répondre à une violation du droit des gens, être nécessaires et proportionnelles à l'offense.

L'I.D.I en 1934 définissait les conditions que l'Etat autorisé à agir en représailles doit respecter :

« mettre au préalable l'auteur de l'acte illicite en demeure de le faire cesser ou d'accorder les réparations acquises » et « proportionner la contrainte employée à la gravité de l'acte dénoncé comme illicite et à l'importance du dommage ».

L'existence d'une sommation infructueuse est rappelée par les arbitres dans l'affaire Naulilaa, dans la définition qu'ils donnent de « la représaille » : « un acte de propre justice de l'Etat lésé répondant après sommation restée infructueuse à un acte contraire au droit des gens » 114 . Cette condition est difficilement applicable dans le cadre de la politique de représailles menée par Israël. Tous les Etats arabes savent qu'après un acte de terrorisme, Israël répondra en exerçant des représailles.

Les Etats-Unis semblent au contraire avoir au préalable mis en demeure l'Afghanistan et les autres Etats susceptibles d'être en relation avec l'organisation transnationale Al Qaida. Le gouvernement américain a entrepris des négociations avec les régimes afghan et pakistanais qui se sont révélées infructueuses.

Suite à cette première condition, respectée par les Etats-Unis, il convient de se demander si le principe de proportionnalité l'a été également.

La plupart des juristes posent la condition selon laquelle les représailles doivent être proportionnées à l'attaque. Selon le tribunal arbitral dans l'affaire Naulilaa, « on devrait certainement considérer comme excessives et partant illicites des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées ».

En ce qui concerne cette seconde condition pour appliquer les représailles, les autorités américaines ont eu autant de mal à appliquer ce principe qu'Israël.

Le représentant syrien, après avoir cité les affaires Caroline et Naulilaa, estime que lors du bombardement des localités syriennes, Israël avait

« violé les principes du droit international régissant les représailles puisque disposant de nombreux autres moyens d'obtenir réparation, il en a employé qui étaient véritablement hors de proportion avec les prétendus actes de provocation au demeurant inexistant » 115 .

Lors du raid sur Beyrouth, en réaction à l'attaque de l'avion d'El Al, le représentant américain a jugé les représailles disproportionnées « en raison de l'ampleur de la destruction causée, en raison de la différence entre l'acte de deux terroristes individuels et l'action d'une unité militaire importante opérant ouvertement et directement sur ordre du gouvernement » 116 .

Par ailleurs, l'opération « liberté immuable » pose la question de l'existence de représailles armées collectives. Un Etat est-il habilité à prêter main forte à un Etat allié qui s'apprête à agir en représailles ? Le problème de ce qu'on pourrait appeler « les représailles pour le compte d'autrui » n'a pas jusqu'ici retenu l'attention des auteurs.

Les représailles armées n'ont pas plus de place dans l'ordre juridique international institué par la Charte que la justice privée n'en a dans les ordres juridiques internes contemporains. L'article 51 est une brèche qui permet aux Etats de recourir avec la plus grande liberté à des actes de force en les présentant comme accomplis au titre de légitime défense, alors qu'il s'agit d'actes de représailles voire parfois d'actes d'agression.

Les Etats-Unis ont changé d'attitude depuis le 11 septembre où ils ont été directement frappés par un terrorisme de grande ampleur. Ils ont tendu vers un comportement comparable à celui d'Israël.

B. Israël et les Etats-Unis : des représailles armées contre le terrorisme

Face au terrorisme, l'attitude américaine est semblable à celle adoptée par Israël depuis 1948, date de sa création. Ces deux pays rencontrent par ailleurs les mêmes difficultés à respecter la règle de la proportionnalité dans leur riposte aux attentats

1. Des représailles en guise de guerre contre le terrorisme

Le représentant israélien aux Nations Unies a défendu à plusieurs reprises l'idée selon laquelle les opérations déclenchées par son pays n'étaient pas des représailles 117 mais des « mesures de défense » 118 ou des mesures prises en application du principe de légitime défense 119 .

Comme Israël, les Etats-Unis hésitent à utiliser le terme de représailles qui, à la suite de nombreuses résolutions du Conseil de Sécurité, a pris un sens très négatif, synonyme d'agression et donc d'action illégale et blâmable.

Le terme de représailles n'est pas utilisé pour qualifier les mesures prises par les autorités américaines comme celles israéliennes contre le terrorisme.

« Le concept de représailles ne s'applique pas à la situation de guerre permanente menée par les organisations terroristes arabes contre Israël au moyen d'atrocités bestiales et Israël n'est pas tenu d'attendre que de nouvelles atrocités aient été perpétrées pour poursuivre sa lutte constante contre ceux qui les inspirent ou les commettent » 120 .

Les représailles visent à répondre à une action précise. Or, Israël, depuis 1972, veut pouvoir frapper les terroristes quand il veut sans avoir à attendre que se manifeste une action anti-israélienne. Cette conception des représailles se rapproche de la notion de légitime défense préventive.

Israël comme aujourd'hui les Etats-Unis agissent bien à titre de représailles. La déclaration faite par le représentant israélien au Conseil de Sécurité pourrait s'appliquer au cas des Etats-Unis actuellement :

« En permettant que son territoire soit exploité et utilisé à des fins terroristes par des criminels qui sont une menace pour l'humanité toute entière, le Liban (ou l'Afghanistan aujourd'hui) a perdu, pour les dirigeants israéliens (et américains), le droit de réclamer que son territoire soit respecté par ceux qui se défendent contre ces criminels et qui sont résolus à mettre un terme à leurs odieuses activités » 121 .

Il s'agit ici de l'idée de base des représailles exercées dans l'ancien droit : toute communauté politique assume la responsabilité des actes de ses membres à l'égard d'une autre communauté et si la première n'a pas donné satisfaction à la communauté victime en punissant les coupables, elle doit s'attendre à des représailles, celles-ci pouvant toucher des innocents au nom du principe de solidarité.

Depuis un an, les Etats-Unis observent la même attitude qu'Israël. Le 19 janvier 1979 au Conseil de Sécurité, le représentant d'Israël déclarait :

« Si certains gouvernements arabes ne sont pas désireux ou sont incapables d'empêcher l'implantation, l'entraînement et le financement des terroristes opérant à partir de leurs territoires pour harceler d'autres Etats, ils doivent bien s'attendre à ce que ces Etats prennent les contre-mesures nécessaires pour faire cesser un tel harcèlement. Ce n'est pas seulement une base essentielle du droit international mais aussi une conclusion dont la logique s'impose ».

Les Etats-Unis ont abouti à la même conclusion devant l'inaptitude et le manque de volonté de l'Afghanistan à coopérer avec la communauté internationale à l'encontre du réseau d'Oussama Ben Laden. En se déclarant prêts à opérer dans d'autres pays susceptibles d'héberger et d'aider des réseaux terroristes, les Etats-Unis agissent dans le même sens qu'Israël. Alors qu'ils avaient violemment condamné les représailles armées menées par l'Etat juif en 1979, aujourd'hui, ils se rangent à ses côtés dans la lutte contre le terrorisme.

Les Etats-Unis ont entamé une « guerre contre le terrorisme ». De même, Israël n'a jamais envisagé de répondre à un seul acte illégal de terrorisme, mais plutôt au terrorisme dans son ensemble.

Le terme de représailles est alors inadapté parce qu'il n'est pas assez fort. La position américaine est identique à celle israélienne : ces deux Etats ont employé le terme de « guerre ». Rappelons le général Elazar, chef d'état-major de l'armée israélienne, qui déclarait à propos de l'opération menée pendant trente-six heures au Liban le 16 et 17 septembre 1972 que celle-ci « constituait un élément important de la guerre menée contre les fedayin » 122 . Citons également le général Dayan : « nous n'avons pas commencé cette guerre et si le monde veut que cesse la terreur, il doit participer à la guerre contre le terrorisme » 123 .

Les Etats-Unis ont de la même façon déclaré avoir entrepris une « guerre contre le terrorisme ».

2. Un droit de conservation qui semble primer sur la règle de la proportionnalité régissant les représailles

Tant que les Etats-Unis n'étaient pas la cible directe du terrorisme international, ils s'opposaient aux représailles menées par Israël à l'encontre des groupes pro-palestiniens.

Aujourd'hui, en situation d'Etat victime, les autorités américaines suivent le même comportement que celles israéliennes. A la suite de l'attaque de l'avion d'El Al par des terroristes palestiniens, Israël justifiait son action en invoquant la difficulté d'appliquer le principe de proportionnalité : « doit-on mesurer les actes les uns par rapport aux autres, d'après l'importance des dommages causés, ou bien selon l'étendue du danger qu'ils comportent, l'intention dans laquelle ils ont été accomplis, les causes et les motifs qui les ont provoqués ? ».

Les Américains ont rallié cette idée selon laquelle il faut frapper partout où les terroristes se trouvent, au détriment de la légalité internationale et des conditions autorisant le recours aux représailles.

On peut se demander si la première puissance militaire au monde n'aurait pas plutôt pu anéantir les réseaux terroristes par d'autres moyens que celui de bombarder massivement une population entière. En effet, les modalités d'application du principe de proportionnalité telles qu'elles sont pratiquées par les Etats-Unis sont contraires au droit humanitaire international contemporain.

Ni les forces américaines ni l'Organisation des Nations Unies n'ont essayé de mettre en oeuvre les dispositions de la Charte selon lesquelles avant tout recours à la coercition armée, il faut essayer de régler pacifiquement le différend, tant par la négociation que par la recherche de conciliation.

Les bombardements massifs sur l'Afghanistan par les forces aériennes américano-britannique apparaissent juridiquement hors de proportion avec l'acte illicite auquel elles ont pour but de répondre. Ces frappes militaires tendraient même à dégénérer en guerre sans aucun cadre juridique formel, sauf si on estime qu'une vie américaine vaut plus que toutes autres victimes des conflits internationaux.

Outre l'action au titre de représailles, les Etats-Unis aujourd'hui et Israël depuis 1948 font appel à un autre droit étudié par les anciens internationalistes, le droit de conservation. Calvo le définit ainsi : « ce droit est le premier de tous les droits absolus et permanents... Il constitue la loi suprême des Nations ainsi que le devoir impérieux des citoyens et une société qui néglige les moyens de repousser les agressions extérieures manque à la fois à ses obligations morales envers les membres qui la composent et au but même de son institution » 124 .

Calvo ne considère pas le droit de conservation comme dominant absolument tous les autres droits avec lesquels il se trouve en conflit, ce qui favoriserait les abus de force et porterait une grave atteinte au droit de souveraineté.

Israël peut facilement invoquer ce droit de conservation, étant donné son isolement géo-politique. L'Etat juif peut ainsi mettre en avant un impératif de sécurité (ou de survie). C'est au nom de cette « sécurité nationale » que s'affirme le primat du politique au détriment des principes juridiques.

Le cas des Etats-Unis est sensiblement différent. En tant que première puissance mondiale, par son influence militaire et politique, la survie est difficilement menacée. Cependant, l'ampleur et la force des événements du 11 septembre et leurs conséquences justifient de façon légitime le sentiment de mise en péril qui frappe les Etats-Unis. Ceux-ci seraient donc fondés à invoquer le droit de conservation, l'intégrité du pays étant menacée.

Chapitre 2nd : L'opération « liberté immuable » ou la nécessité de modifier le droit international

Les attentats du 11 septembre 2001 manifestent clairement l'incapacité du droit international et de l'Organisation des Nations Unies à résoudre les conflits, cela par des règles désormais inadaptées aux nouvelles tensions mondiales (I). Les attentats du 11 septembre ont fait prendre conscience de la nécessité d'agir contre le terrorisme, faisant émerger de nouvelles règles juridiques, plus ou moins institutionnalisées (II).

I. Un droit international désormais inadapté au contexte mondial

Les restrictions prévues par la Charte des Nations Unies au recours à la force armée ne semblent plus adaptées au contexte actuel où les menaces contre la paix ne relèvent plus du seul cadre inter-étatique (A). Les attentats du 11 septembre constitueraient-ils un précédent supplémentaire susceptible de fonder une intervention militaire sur une « autorisation implicite » du Conseil de Sécurité ? (B).

A. Les restrictions prévues par la Charte des Nations Unies quant au recours à l'usage de la force armée, aujourd'hui inadaptées aux nouvelles menaces pour la paix

1. Des restrictions désormais trop importantes à l'usage de la force

L'interprétation tendancieuse de la résolution 1368 du 12 septembre 2001 du Conseil de Sécurité, rendue possible par sa rédaction volontairement ambiguë et contraire à l'esprit de la Charte, est une manifestation évidente de la destruction progressive du droit international.

Le conflit en Afghanistan, officiellement lié aux attentats du 11 septembre 2001, serait une étape supplémentaire dans le processus de déclin du droit international et dans l'immobilisme consternant dans lequel se trouve l'Organisation des Nations Unies.

Le non respect du droit international s'explique par ses carences et son incapacité à régler les conflits. Les nouvelles menaces contre l'équilibre pacifique entre Etats rendent les restrictions traditionnelles d'emploi de la force obsolètes.

En effet, le recours à la force n'est aujourd'hui licite qu'en cas de légitime défense ou d'autorisation par le Conseil de Sécurité. Ces limitations à l'usage de la force armée, conformes aux principes du jus cogens, sont aujourd'hui perçues comme à l'origine des carences du droit international et de son non respect par une pratique des Etats bien loin de ce cadre purement théorique.

On ne peut plus aujourd'hui assimiler ces trois schémas d'action à un modèle de coercition suffisamment efficace, parce qu'ils sont désormais obsolètes et inadaptés 125 .

La faiblesse principale de la légitime défense individuelle réside dans le fait qu'elle n'est possible et légale que lorsque le conflit oppose deux Etats souverains. Or, la majorité des conflits sanglants actuels relèvent de plus en plus rarement d'un litige entre deux entités étatiques. Au Kosovo, par exemple, il s'agit d'un conflit ethnique dans un même Etat. Ne pas intervenir dans cette région serait un crime humanitaire.

L'inadaptation de la légitime défense individuelle est caractéristique des attentats du 11 septembre. En effet, la controverse majeure quant à qualifier l'opération « liberté immuable » de légitime défense est issue du fait qu'aucun Etat spécifique ne peut voir mis en cause sa responsabilité dans les attentats terroristes de New York et Washington. Or, répétons que la légitime défense résulte de l'agression armée d'un Etat à l'encontre d'un second.

En position intermédiaire, la légitime défense collective est impossible à mettre en oeuvre parce que l'élément essentiel de ce mécanisme, qui est la réaction immédiate, ne peut jamais être remplie.

Enfin, l'autorisation de l'usage de la force par le Conseil de Sécurité, instaurée par la Charte des Nations Unies de 1945, est difficile à appliquer.

Parfois incapable d'appliquer l'article 42 de la Charte en raison du manque de forces armées des Nations Unies à sa disposition, les Etats-Unis autorisent l'Etat victime d'une agression à user de la force contre l'agresseur.

La guerre froide a montré comment ce système se paralysait en présence d'un désaccord parmi les cinq membres permanents du Conseil, rendant alors le recours à la force impossible.

L'usage légal de la force est donc largement devenu un mythe puisque deux des mécanismes originels sont désormais inutiles et le troisième requiert une réforme du fonctionnement du Conseil de Sécurité.

2. Une violation de ces restrictions rendue nécessaire pour assurer le respect des droits de l'homme
Comme le montrent les attentats du 11 septembre 2001, l'usage de la force est parfois nécessaire pour empêcher que de nouveaux meurtres ne soient commis à l'égard des populations civiles.

L'usage de la force devient alors licite en dehors des trois possibilités déjà évoquées. Ce recours est possible quand il est nécessaire à la protection des civils, afin de les préserver de tout conflit ethnique, comme cela aurait dû être le cas au Rwanda et au Kosovo. Il en est de même face à la menace terroriste qui implique une redéfinition des principes du droit international, pour permettre aux Etats de s'en protéger légalement.

Face à cette inadaptation des règles du droit international tel qu'il est prévu par la Charte, les Etats sont tentés de les enfreindre. Le cas des Etats-Unis n'est pas unique, même si l'ampleur de l'action accroît considérablement sa portée. La plupart des pays ont très souvent recouru à la force armée en prétextant la légitime défense ou l'autorisation du Conseil de Sécurité, selon les circonstances. Rappelons par exemple les bombardements américains sur la Libye, sur le Soudan et l'Irak (avec le soutien britannique). L'opération Forces alliées au Kosovo entre aussi dans le cadre de l'intervention illicite, n'étant ni de la légitime défense, ni une opération autorisée par le Conseil de Sécurité.

Les Etats-Unis se sont appuyés de la force des actes terroristes de New York et Washington pour justifier le non respect du droit international et l'élargissement de la notion de « légitime défense ».

B. La question d'une autorisation implicite du Conseil de Sécurité fondant l'opération « liberté immuable »

1. Une prétendue autorisation implicite du Conseil de Sécurité fondant l'opération armée

Le Conseil de Sécurité n'a, ni explicitement ni implicitement, autorisé une opération militaire que les Etats-Unis ont dès le départ entendu mener en dehors de tout encadrement de l'Organisation des Nations Unies. N'ayant été saisi d'aucune demande d'autorisation, le Conseil n'a pu logiquement en accorder une.

Dans un considérant de sa résolution 1386 du 20 décembre 2001, le Conseil « appuie l'action internationale entreprise pour extirper le terrorisme, conformément à la Charte des Nations Unies » et réaffirme ses résolutions précédentes qui concernent la lutte contre le terrorisme en général 126 . Ces formules ambiguës pourraient tenir lieu d'approbation de l'opération mais elles ne suffisent pas à constituer une autorisation du Conseil de Sécurité donnée aux Etats-Unis pour agir.

Les résolutions 1368 et 1373 (2001) ne contenaient pas la formule habituelle qui autorise le recours à la force. Elles n'auraient pas pu légalement le faire. En précisant qu'il « demeure saisi de la question », le Conseil de Sécurité reste bien actif dans l'affaire, ne permettant une action militaire que s'il en donne l'autorisation expresse.

A supposer aujourd'hui que le Conseil approuve a posteriori l'opération, ceci ne suffirait pas à être entendu comme une autorisation au sens de la Charte.

Si l'attentisme du Conseil et le silence de la Russie et de la Chine amènent à s'interroger sur le sens à donner à ces résolutions, il serait erroné de conclure à un argument en faveur de la théorie de l' « autorisation implicite ». En effet, le Conseil de Sécurité n'a laissé aucun doute sur le fondement juridique de la légitime défense qu'il donne à l'opération américaine 127 . Pourtant, nombreux Etats, comme les Etats-Unis aujourd'hui, s'appuient sur une prétendue autorisation implicite du Conseil pour recourir à la force afin de contourner les restrictions sévères déjà mentionnées dans notre étude.

Rappelons l'opération « Renard du désert » qui a eu lieu du 16 au 19 décembre 1998 en Irak. L'aviation américaine et britannique avaient bombardé Bagdad et ses environs. Cette action, n'ayant été condamnée par aucun Etat, n'avait fait l'objet d'aucune autorisation expresse de la part du Conseil de Sécurité. Elle a surpris tout le Conseil, informé qu'au moment de la diffusion des images sur une chaîne de télévision attachée à l'administration américaine. Toutefois, les Etats-Unis se sont dits autorisés à agir par le Conseil lui-même. Ils ont fait savoir qu'ils n'auraient pas besoin d'une nouvelle autorisation de celui-ci pour mener une action ultérieure en Irak puisque de précédentes résolutions leur permettaient de prendre ce type de mesures.

Les Etats-Unis s'appuyaient sur la résolution 1154 (1998) du Conseil de Sécurité du 2 mars 1998 selon laquelle :

« le respect par le Gouvernement irakien de l'obligation d'accorder immédiatement, inconditionnellement et sans restriction à la Commission spéciale et à l'Agence Internationale pour l'énergie atomique les facilités d'accès prévues dans les résolutions pertinentes est nécessaire pour assurer l'application de la résolution 687 (1991) (relative au désarmement de l'Irak), étant entendu que toute violation aurait de très graves conséquences pour l'Irak ».

Cette résolution a été interprétée par les Etats-Unis comme permettant une riposte armée automatique et unilatérale.

Toutefois, cette interprétation a été critiquée pour diverses raisons. Dans la résolution, le Conseil de Sécurité ne dit pas se défaire de ses prérogatives, c'est-à-dire de sa capacité à apprécier la situation et convenir des mesures à prendre. Depuis 1991, le Conseil de Sécurité a toujours décidé de rester saisi de l'affaire irakienne, dont les Etats-Unis n'ont pas à assurer seuls le suivi. La proposition ne dit pas non plus que le Conseil n'aurait plus besoin d'autoriser un recours à la force. En vertu de l'article 42 de la Charte, l'autorisation de l'usage de la contrainte armée nécessite une décision expresse, une résolution claire, à chaque nouvelle situation de menace ou de rupture de la paix, suite à l'examen de cette situation 128.

Opérant une distorsion du Chapitre VII, Les Etats-Unis disent déceler une autorisation implicite du Conseil de Sécurité à travers une interprétation extensive des termes de ses résolutions, et cela à leur avantage. Ils ont souvent pris des mesures coercitives dans l'espoir de mettre le Conseil devant le fait accompli et d'obtenir après coup l'approbation requise.

Il est devenu nécessaire de cadrer la notion d' « autorisation » ou d' « approbation » implicite du Conseil de Sécurité, d'autant plus que cette théorie serait une interprétation praeter legem du texte de la Charte en ouvrant des possibilités exponentielles de recours unilatéral à la force armée. Il faut donc établir un certain seuil à partir duquel on pourrait parler sérieusement d'autorisation implicite 129 . On ne peut pas admettre que la simple qualification d'une situation de « rupture de paix » ou de « menace contre la paix » suffit à elle seule à recourir à la force contre l'entité responsable. La qualification des faits, conformément à l'article 39 de la Charte, est un acte préparatoire au déclenchement de la sanction, qui ne préjuge pas de la volonté du Conseil de Sécurité de franchir le pas décisif de recourir à la force, et encore moins de sa volonté de déléguer ce pouvoir à des Etats.

Même dans les résolutions les plus musclées (1154 et 1199), l'organe exécutif des Nations Unies affirme ses propres responsabilités en vertu de la Charte et décide de rester « activement saisi » de la question en vue de garantir le respect de ses résolutions. Si l'on interprète des termes conformément aux principes généraux d'interprétation confirmés par la Cour Internationale de Justice à propos des résolutions du Conseil 130 , on ne peut pas conclure que celui-ci entend déléguer pour l'avenir son pouvoir de contrainte.

2. l'impossibilité de déceler une nouvelle règle juridique coutumière

Presque chaque fois qu'il a été question d'une autorisation implicite du Conseil de Sécurité, il a été extrêmement difficile de dégager de tout cela une pratique générale et encore moins une opinio juris au sujet de l'émergence d'une nouvelle règle coutumière qui modifierait les termes et l'esprit de la Charte.

On ne peut pas non plus parler de « coutume instantanée » quant à l'élargissement des notions de légitime défense et d'autorisation implicite. Il n'existe pas de formation immédiate d'une norme coutumière ouvrant les possibilités d'usage de la légitime défense telle qu'elle était initialement définie à l'article 51 de la Charte des Nations Unies et telle que conçue par la coutume internationale. Il semble difficile de se prononcer aujourd'hui sur la question de la « coutume instantanée ». En effet, sommes nous seulement face à un « précédent » ou face à un évident changement des règles légales 131 ?

Cette nouvelle conception de recourir à la force pose un problème juridique majeur et inquiétant, d'autant plus que le déclin flagrant du droit international ne résulte pas seulement de son obsolescence. Il est aussi le fruit d'une attitude délibérée de certains Etats qui enfreignent délibérément les plus grands principes du droit international.

Aujourd'hui, les attentats du 11 septembre ont permis à la communauté internationale de prendre conscience de la nécessité d'agir contre le terrorisme et pour un fonctionnement plus crédible des organes de l'ONU, conformément aux règles de la Charte.

II. Une évolution désormais nécessaire du droit international

Sous la pression des actes terroristes du 11 septembre, la communauté internationale a enfin abouti à un consensus pour mettre en place une coopération internationale renforcée dans la lutte contre le terrorisme (A). Par ailleurs, l'Organisation des Nations Unies devra également évoluer pour pouvoir assurer la paix dans le monde (B).

A. Une avancée juridique en matière de lutte contre le terrorisme international, permise par un consensus politique

1. Une coopération internationale contre le terrorisme depuis longtemps nécessaire

Le terrorisme, forme de violence larvée de plus en plus utilisée, est dirigée directement contre les ressortissants d'un Etat ou leurs intérêts, souvent sur le territoire lui-même, à partir de réseaux animés ou soutenus par d'autres Etats. La résolution 2625 (XXV) avait déjà condamné le terrorisme au titre d'emploi de la force. Puis dans la résolution 731 (1992) du 21 janvier 1992, le Conseil de Sécurité s'est déclaré « déterminé à éliminer le terrorisme international ».

Le cas de la Libye, très impliquée dans le terrorisme, a fait prendre conscience à la communauté internationale de la nécessité d'agir. La résolution 748 (1992) du 31 mars 1992 a permis l'adoption de mesures coercitives sur la base du Chapitre VII contre la Libye en liaison avec le terrorisme aérien. Dans ce type de terrorisme (détournement et destruction d'aéronefs), le Conseil de Sécurité avait déjà adopté quelques résolutions, sans les placer sur le terrain du maintien de la paix et de la sécurité internationales, mais sur celui de l'ingérence dans les liaisons aériennes (par exemple, résolution 286 du 9 septembre 1970)

La réaction des Etats visés dont les moyens traditionnels sont mal adaptés à ce type de menace, passe par des condamnations de principe, un effort pour organiser une coopération internationale et surtout par des mesures préventives internes de sécurité civile et de surveillance policière.

La force du « spectacle » terroriste du 11 septembre 2001 a permis d'étouffer la controverse sur la notion de terrorisme qui opposait les Etats-Unis aux Etats européens et au reste du monde, relative au terrorisme d'Etat et à l'usage licite de la violence armée pour affirmer le droit à l'autodétermination et à l'indépendance 132 .

La résolution 1373 du 28 septembre 2001, adoptée à l'unanimité, est un texte remarquable équivalent en substance à une convention universelle très réussie (qu'on avait jusqu'ici pas réussi à mettre au point) sur la prévention et la répression du terrorisme : une convention universelle de portée générale, sans aucune limitation ratione materiae qui entache les instruments conventionnels universels déjà existants en matière de terrorisme. Grâce à une décision unanime du Conseil de Sécurité adoptée sous la pression des événements, ce texte a été mis en vigueur très rapidement, engageant ipso facto tous les Etats sans nécessiter négociations prolongées ni procédures de ratification ou d'adhésion. La résolution 1373 légifère en matière de terrorisme international en général, en consacrant des obligations lourdes sans limitations temporelle ou spatiale, bénéficiant de la primauté garantie par la combinaison des articles 103 et 25 de la Charte des Nations Unies.

L'Assemblée Générale des Nations Unies, lors de la vingt-et-unième séance plénière du 5 octobre 2001 a prié les Etats de « ne pas attendre une définition juridique exacte du terrorisme pour organiser la lutte contre ce fléau » 133 .

Des mesures internes administratives, policières et judiciaires doivent être prises pour combattre le terrorisme de façon plus efficace que par le passé, en désamorçant les capacités d'action des différents réseaux, en coupant leur source de financement, en restreignant les déplacements internationaux des individus et des groupes concernés. La réalisation de ces objectifs tiendra bien évidemment à une coopération policière et judiciaire internationale très soutenue désormais nécessaire par la nature transnationale des actes terroristes du 11 septembre.

Nombreux Etats ont rapidement pris des mesures d'exception au niveau du contrôle des frontières et des personnes, du contrôle des flux économiques et des communications interpersonnelles.

L'Europe a aussi déployé un important dispositif consacré dans deux documents importants : la Déclaration commune Union Européenne-Etats-Unis sur la lutte contre le terrorisme du 20 septembre 2001 et le Plan d'Action du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001.

Compte tenu du contexte d'urgence consécutif aux attentats du Pentagone et du World Trade Center, le respect des droits de l'homme imposé par de nombreux engagements internationaux pourrait être relégué au second plan face à l'exigence d'efficacité en matière de lutte contre le terrorisme 134 . Le dilemme entre la nécessité d'éliminer le terrorisme et le respect des droits de l'homme risque d'amorcer un débat doctrinal, même si les conventions internationales relatives aux droits de l'homme disposent de clauses dérogatoires ou échappatoires en cas d'état d'exception, lorsque la sécurité publique est en jeu. Conformément à l'article 4 du Pacte international de 1966 sur les droits civils et politiques et à l'article 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, les restrictions les plus lourdes ne seront établies que « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». Il convient alors de contrôler qu'existe un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits des particuliers quant aux mesures adoptées contre le terrorisme, ceci afin d'empêcher qu'une charge disproportionnée et non nécessaire ne pèse sur les individus.

2. Un combat qui s'avère cependant difficile

Toutefois, la lutte contre le terrorisme ne sera pas chose facile. Certains dispositifs policiers nationaux les plus puissants au monde se sont révélés impuissants. Ainsi, malgré des forces militaires et policières impressionnantes comparées aux dimensions du pays et au nombre de ses habitants et malgré des méthodes très radicales, Israël subit un échec patent dans sa lutte contre le terrorisme et les attentats suicides sévissant sur son territoire.

Une menace telle que le terrorisme requiert un engagement collectif très poussé de long terme.

Or la résolution 1373 précédemment citée révèle certains problèmes. Le Conseil de Sécurité a-t-il la compétence, conformément à la Charte, d'édicter sous forme de décision un texte à portée générale dont le contenu est semblable à celui d'une convention visant à lutter contre toute sorte de terrorisme et ne concernant au contraire pas une situation spécifique ? C'est par rapport à des situations de ce type, que le Conseil, pouvant définir de menaces contre la paix, de ruptures de paix ou d'agression, peut adopter selon l'article 39 de la Charte des mesures, dont des décisions obligatoires, visant à rétablir la paix. Il est douteux que le Conseil de Sécurité puisse qualifier de menace contre la paix non pas seulement les attaques terroristes du 11 septembre 2001 mais également automatiquement « tout acte de terrorisme international » à venir (troisième considérant de la résolution 1373). Ceci reviendrait à ne pas examiner la gravité et l'ampleur des conséquences de l'acte.

On peu aussi se demander si la résolution n'est pas plutôt obligatoire pour les Etats seulement par rapport aux activités terroristes liées aux événements du 11 septembre, alors qu'à l'avenir, concernant de nouvelles situations, la résolution ne sera applicable que si le Conseil établit en l'espèce une nouvelle menace contre la paix engendrée par un nouveau cas de terrorisme international 135 .

Malgré toutes ces ambiguïtés, il est désormais devenu nécessaire pour les Etats de coopérer pour éradiquer le terrorisme. Comme l'a écrit le Secrétaire Général des Nations Unies dans le New York Times du 20 septembre 2001,

« toutes les nations doivent joindre leurs forces et mener ensemble une action qui s'étende à tous les aspects du système mondial ouvert et libre si perversement exploité par ceux qui ont perpétré les atrocités... » du 11 septembre. « L'ONU constitue le cadre indispensable à la construction d'une coalition universelle et est en mesure de conférer à la lutte à long terme contre le terrorisme la légitimité nécessaire sur le plan international ».

B. La nécessaire adaptation du droit de l'ONU

La polémique qu'a suscitée l'opération « liberté immuable » tient à une conception ambiguë de la notion de légitime défense, permise en l'absence de contrôle des actes du Conseil de Sécurité.

1. La légitime défense : un droit naturel et conventionnel

L'interprétation extensive de l'article 51 de la Charte est fondée sur le fait que la légitime défense est aussi un « droit naturel », qui ne s'épuiserait pas dans les seules prescriptions de la Charte. Si c'est bien l'article 51 qui est mentionné à titre principal, les Etats ont souvent insisté sur le caractère « naturel » du droit de légitime défense, dont rien dans la Charte ne restreindrait l'exercice. Citons l'ambassadeur américain H.S Okun au Conseil de Sécurité le 14 avril 1986 :

"the use of force in violation of article 2, paragraph 4, gives rise to a right of self-defense. The right of self-defense, as article 51 makes expressly clear, is an inherent right. Nothing in the Charter of the United Nations restricts that right" 136 .

La non interprétation stricte de l'article 51 de la Charte se base donc sur le droit naturel à la légitime défense. Selon cette approche, la violation par la Libye de l'article 2 paragraphe 4 permettrait d'invoquer la légitime défense, sous la seule réserve du respect de la contrainte procédurale d'information du Conseil. L'amalgame entre les dispositions des articles 2 et 51 ne semble pas conforme ni à l'esprit ni à la lettre de la Charte. Cette conception se fonde sur l'analyse de nombreux auteurs anglo-saxons, soutenant que l'article 51 n'a pas fait disparaître la norme coutumière antécédente relative à la légitime défense et dont la Charte n'aurait en fait que consacrer l'existence.

La doctrine semble considérer que l'article 51 a effacé tout le droit préexistant, sans laisser aucun espace à la légitime défense complétée par le droit coutumier. C'était la position alors défendue par les Etats-Unis devant la Cour Internationale de Justice dans l'affaire « Activités militaires et paramilitaires » les opposant au Nicaragua. Selon les Etats-Unis, « il n'existerait pas d'autre droit international général et coutumier que celui de la Charte des Nations Unies » parce que les règles du droit coutumier seraient « résumées » et « supplantées » par celles de la Charte 137. La position américaine a donc bien changé depuis cette affaire.

La CIJ a fait prévaloir une solution contraire. Dans l'arrêt du 27 juin 1986, elle affirme qu'« il n'est pas possible de soutenir que l'article 51 soit une disposition qui résume et supprime le droit international coutumier » et que la Charte renvoie elle-même « sur un point essentiel au droit coutumier préexistant... exprimé par le texte même de l'article 51 mentionnant le droit naturel... » 138.

Toutefois, rien n'indique que la norme coutumière soit plus permissive que celle de la Charte. D'ailleurs, la première comporte des limites non expressément reprises par la Charte. Ainsi en est-il de « la règle spécifique, pourtant bien établie en droit international coutumier, selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie pour y riposter » 139.

Les Etats-Unis ayant affirmé la primauté du droit conventionnel tel qu'il est prévu par la Charte, ils ne peuvent aujourd'hui agir en état de légitime défense telle qu'elle est entendue par le droit coutumier. Le recours au droit coutumier ne paraît pas susceptible de mieux légitimer l'action américaine qui entre donc dans le cadre des contre-mesures 140.

A cette première difficulté liée à la place du droit conventionnel par rapport au droit coutumier s'ajoute celle de l'absence de contrôle juridique des actes du Conseil de Sécurité.

2. L'absence de contrôle de légalité des actes du Conseil de Sécurité

Les attentats du 11 septembre 2001 démontrent une fois encore les carences de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour Internationale de Justice.

Le discrédit a encore été jeté sur le Conseil de Sécurité à propos de son indépendance vis à vis des Etats-Unis.

En soumettant ses actes à un contrôle de conformité à la Charte et au droit international général, l'organe exécutif des Nations Unies serait plus crédible. Or, aucun contrôle n'a été expressément prévu lors de sa création. Les fondateurs de la Charte ont intentionnellement prévu d'une part aucun mécanisme d'interprétation de ses dispositions et d'autre part aucun contrôle de validité des actes adoptés par les organes de l'ONU 141.

Toute l'ambiguïté de la Charte réside à l'article 24 auquel il est affirmé que le Conseil de Sécurité doit « agir conformément aux buts et principes des Nations Unies », ce qui est très différent d'« agir conformément aux dispositions de la Charte ».

Il conviendrait d'accroître le rôle de la CIJ en la matière. Or, la Cour de justice s'est longtemps refusé à contrôler la légalité des actes du Conseil pour ne pas retarder ni entraver son action, la légalité du but de l'acte apparaissant plus décisive que l'irrégularité éventuelle de l'acte lui-même 142.

Le contrôle juridictionnel ne devrait rencontrer aucune limite quand le Conseil de Sécurité constate la violation d'une obligation 143. Si la Cour juge la qualification des faits arbitraire, sur la base de considérations de droit et de fait, elle peut déclarer que la violation constatée par le Conseil n'existe pas.

Dans le cas d'une demande d'avis consultatif, le contrôle effectué par la Cour serait sans effet dans la mesure où le Conseil n'est pas juridiquement obligé de tenir compte de l'avis de la Cour. Toutefois,

politiquement, le Conseil devrait suivre cet avis, c'est pourquoi il ne s'est jamais adressé à la Cour avant d'adopter une résolution, surtout concernant l'existence ou non d'une menace contre la paix.

Une fois la résolution adoptée, une demande d'avis par le Conseil n'est pas plus probable, d'autant plus qu'il ne serait pas facile de revenir sur ses résolutions.

Si une décision contentieuse de la Cour précédait l'adoption de la résolution par le Conseil, on parlerait à l'égard du Conseil d'un effet, sur le plan politique, semblable à celui d'un avis consultatif préventif.

La Cour pourrait avoir à se prononcer sur la légitimité d'une résolution déjà adoptée et sur l'existence de la violation d'une obligation que le Conseil aurait affirmée pour justifier sa constatation d'une menace contre la paix. La Cour devrait se prononcer sur les effets juridiques d'une telle violation ; elle aurait là quelques difficultés à contredire le Conseil.

Si les possibilités d'un contrôle judiciaire des constatations faites par le Conseil sont limitées, la Cour doit cependant utiliser toutes les occasions qui lui sont offertes pour exercer son contrôle, afin d'empêcher que des violations de droit ne soient faites au sein même de l'Organisation des Nations Unies.

Il semble que la Cour Internationale de Justice aurait été plus rigoureuse dans la qualification des faits et de la nature de la riposte à donner aux attentats du 11 septembre 2001 si elle avait pu exercer des pouvoirs de vérification à l'encontre du Conseil 144 .

Conclusion

La légitime défense invoquée par les responsables de l'opération « liberté immuable », sur la base des résolutions 1368 et 1373 du Conseil de Sécurité, ne correspond pas à celle formulée à l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

Désignant tout d'abord seulement l'Afghanistan, la guerre anti-terroriste concerne aujourd'hui de nouveaux Etats, et principalement l'Irak.

Dans le contexte actuel où le droit doit s'adapter aux nouvelles menaces telles qu'est le terrorisme international, la logique américaine semble appartenir à une autre époque, celle où l'usage discrétionnaire de la force était justifié par l'autoprotection ou la défense d'« intérêts vitaux » 145 .

L'analyse de la légalité de l'opération de riposte fait apparaître le droit conventionnel et institutionnel très en avance sur l'état réel du droit international. La pratique de celui-ci a évolué de façon semblable à celle des sociétés internes, n'étant aujourd'hui encore qu'au stade d'une justice privée limitée sans avoir atteint la justice publique décrite par la Charte des Nations Unies 146 .